

Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

Mitteilungsblatt für die im Bereich der Notarkasse tätigen Notare und Notarassessoren sowie für die Beamten und Angestellten
der Notarkasse

Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern — Ottostraße 10, 80333 München
Druck: E. Mühthaler's Buch- und Kunstdruckerei GmbH, Karlstraße 35, 80333 München

Heft 5

MittBayNot

September/Oktober 1993

I. A b h a n d l u n g

Die Erklärung der Auflassung unter Aussetzung der Bewilligung der Eigentumsumschreibung

von Notar *Hans-Hermann Weser*, Altdorf

A) Der Schutz des Grundstücksveräußerers im Grundbuchverfahren

I. „Streitig ist, ob durch die von § 20 (sc.: GBO) erforderte Einigung die nach § 19 (sc.: GBO) erforderte EB (gemeint ist die Eintragungsbewilligung) des Betroffenen ersetzt wird oder nicht. Angesichts der Wesensverschiedenheit der beiden Erklärungen dürfte die letztere Ansicht vorzuziehen sein. Sie hat auch praktischen Wert; es gibt Fälle, in denen die Beteiligten zwar das materielle Geschäft abschließen, aber die grundbuchliche Durchführung hinausschieben wollen. Durch eine Bedingung zur Auflassung läßt sich das nach § 925 BGB nicht erreichen; wohl aber durch Zurückhaltung der EB (gemeint ist die Eintragungsbewilligung). Die Praxis steht allerdings auf dem entgegengesetzten Standpunkt und wird dadurch zu wunderlichen Umwegen genötigt“¹.

Dieses Zitat aus der 1957 erschienenen 4. Auflage des Grundbuchrechtskommentars von *Hesse/Saage/Fischer* beschreibt kurz und prägnant ein ewig junges Thema der Urkundsgestaltung namentlich beim Kaufvertrag:

Ist die *Aussetzung der Bewilligung der Eigentumsumschreibung* trotz Erklärung der Auflassung ein taugliches Mittel, um den Veräußerer gegen den Verlust seines Eigentums vor Erhalt der ausbedungenen Gegenleistung zu schützen?

Dieser Weg — von mir im folgenden Text schlagwortartig nach seinem maßgeblichen Initiator *Ertl'sche* Vorlagesperre genannt — wurde bereits 1984 von *Behmer* in einem Aufsatz vorgestellt² und könnte auch als „Bewilligungssperre“ bezeichnet werden. Die folgende Abhandlung greift über die *Behmer'sche* Darstellung insofern hinaus, als sie die Auswirkungen der Lösung auf die materielle Rechtslage, namentlich hinsichtlich der Entstehung eines Anwartschaftsrechts, zu ergründen versucht und untersucht, wie die Parteien auf sie durch begleitende Erklärungen Einfluß nehmen können.

¹ *Hesse/Saage/Fischer*, GBO, 4. Aufl. 1957, § 20 Anm. I, mit Hinweisen auf die ältere Rechtspr. und Beispielen.

II. Von den zitierten „wunderlichen Umwegen“ unterscheidet sich der *Vorbehalt der Eigentumsumschreibung* durch Anweisung an den Notar, gem. § 51 Abs. 2 BeurkG bis zum Nachweis der Kaufpreiszahlung nur auszugsweise Ausfertigungen und Abschriften der Urkunde ohne Wortlaut der (in der Urkunde erklärten) Auflassung und Eintragungsbewilligung zu erteilen und die Urkunde im vollständigen Wortlaut erst nach nachgewiesener Kaufpreiszahlung mit dem Antrag auf Eigentumsumschreibung dem Grundbuchamt vorzulegen. Diesen häufig gewählten Sicherungsweg bezeichne ich im folgenden Text schlagwortartig als „allgemeine Vorlagesperre“.

III. Nicht näher einzugehen ist auf den „Umweg“ des wechselseitigen Antragsverzichts, wie er dem Tatbestand des Beschlusses des OLG Hamm vom 26.3.1975³ zugrundelag. Hier ist es zwischenzeitlich einhellige Meinung, daß dieser Antragsverzicht nur schuldrechtliche Wirkung hat und die Beteiligten im Verhältnis zum Grundbuchamt nicht bindet und daher nicht die erforderliche Sicherheit bietet⁴. Über-

² *Behmer*, Rpfleger 1984, 306 ff. Nur zur Klarstellung sei angemerkt, daß der Ausdruck „*Ertl'sche* Vorlagesperre“ bzw. „*Bewilligungssperre*“ ebensowenig einen terminus technicus darstellt wie die Bezeichnung des unter A II. dargestellten Sicherungsweges als „allgemeine Vorlagesperre“ bzw. als „Ausfertigungssperre“ (z. B. *Kanzleiter* DNotZ 1993, 415). *Ertl* selbst spricht im KEHE, Grundbuchrecht, 4. Aufl. 1991, Einl M Rdnr. 31 vom „Vorbehalt der Eintragungsbewilligung (§ 19 GBO) in der Weise, daß in der Urkunde nur die Auflassung erklärt, aber die Eintragung nicht bewilligt und nicht beantragt wird und dem Notar entweder die Eintragungsbewilligung in einer eigenen Urkunde (§§ 39, 40 BeurkG) zur Treuhandverwahrung übergeben oder eine Vollmacht zur Bewilligung und Antragstellung mit der Weisung erteilt wird, von der Bewilligung oder Vollmacht erst nach Bestätigung des Veräußerers über den Empfang des Kaufpreises Gebrauch zu machen.“

³ 15 Wx 197/74, DNotZ 1975, 686 ff.

⁴ Dieser Sicherungsweg wurde maßgeblich widerlegt von *Ertl*, DNotZ 1975, 644 f.; *ders.*, Rpfleger 1980, 41 ff.

holt sind — wie ebenfalls *Ertl* ausführt⁵ — auch die beiden weiteren von *Hesse/Saage/Fischer*⁶ dargestellten „Umwege“, nämlich die der sachlichen Anweisung an den Notar, den Eintragungsantrag nicht zu stellen⁷ oder die Eigentumsumschreibung von einer schuldrechtlichen Vereinbarung der Beteiligten über den Zeitpunkt ihres Vollzugs abhängig zu machen⁸.

IV. Nur kurz am Ende kann ein Weg zur Sicherung des Verkäufers für den Kaufpreiserhalt behandelt werden, dessen Nichterwähnung in der 6. Auflage des Standardwerkes der notariellen Vertragsgestaltung von *Reithmann/Röll/Gebele*⁹ unlängst *Friedrich Schmidt* gerügt hat¹⁰: Er hält es zur Verkäufersicherung für erforderlich und genügend, auch bei erklärter Auflassung dem Käufer nur keine Ausfertigung der Urkunde zu erteilen, bis bezahlt ist (sog. „Ausfertigungssperre“).

V. Ziel der Abhandlung ist es, die Unterschiede zwischen den genannten Vertragsgestaltungen aufzuzeigen und den Nachweis zu führen, daß die Aussetzung der Bewilligung der Eigentumsumschreibung bei erklärter Auflassung Vorteile bietet und sich durch begleitende Parteierklärungen zu einer besseren Sicherung des Veräußerers ausbauen läßt als eine bloße Vorlagesperre oder Ausfertigungssperre.

B) Erfordernis der Bewilligung neben der Auflassung

Die Grundfrage für die Verwendbarkeit des hier diskutierten Sicherungsmodells ist natürlich, ob neben der dinglichen Einigung überhaupt eine (ausdrückliche oder konkludente) Eintragungsbewilligung des verlierenden Teils zur Eigentumsumschreibung erforderlich ist.

I. Der Meinungsstand

1. Die ältere Rechtsprechung hatte noch angenommen, die dingliche Einigung im Falle des § 20 GBO ersetze die Eintragungsbewilligung¹¹. In einer älteren Entscheidung des OLG Colmar¹² findet sich sogar die Sentenz, die Auflassung enthalte „unter allen Umständen“ die Eintragungsbewilligung. *Behmer*¹³ hat bereits mit Recht konstatiert, daß diese Auffassung der älteren Rechtsprechung auf ihre These von der rechtsgeschäftlichen Natur der Eintragungsbewilligung beruht. Schon von daher kann dieser Auffassung kein Gewicht mehr beigemessen werden. Die von *Ertl* erst wissenschaftlich begründete¹⁴ und in zahlreichen Abhandlungen ausgebaut¹⁵ Lehre von der rein verfahrensrechtlichen Natur der Eintragungsbewilligung hat sich zwischenzeitlich in einem Maße durchgesetzt, daß sogar die

gegenüber der älteren Rechtsprechung abgeschwächte Lehre von der Doppelnatur der Eintragungsbewilligung ihre wissenschaftliche Grundlage und Unterstützung verloren hat¹⁶. Die These von der rein materiell-rechtlichen Natur der Eintragungsbewilligung wird denn auch aktuell nirgends mehr verfochten, lediglich in zwei nicht aktualisierten Lehrbüchern des Grundbuchrechts bleibt das Erfordernis einer Eintragungsbewilligung neben der Erklärung der Auflassung unerwähnt¹⁷.

2. Die zwischenzeitlich ganz herrschende Meinung in der grundbuchrechtlichen Literatur hält demgegenüber auch im Geltungsbereich des § 20 GBO eine Eintragungsbewilligung neben der dinglichen Einigung grundsätzlich für erforderlich¹⁸. Ihre Verfechter konstatieren jedoch zumeist im selben Atemzug, in der Regel sei in der dinglichen Einigung auch die Eintragungsbewilligung enthalten. Die Auflassung genüge daher, wenn sich aus ihr der Eintragungswille entnehmen lasse, so daß eine gesonderte Eintragungsbewilligung neben der dinglichen Einigung im Normalfall nicht abgegeben werden müsse¹⁹. Werde aber die Bewilligung ausdrücklich vorbehalten, dürfe die Eintragung der Rechtsänderung auf Grund der bloßen Einigung nicht erfolgen²⁰.

Die im Ergebnis so einträchtig erscheinende herrschende Meinung — Gegenstimmen sind in der aktuellen Literatur nicht zu finden, nachdem auch *Demharter* in der 19. Auflage die abweichende Auffassung des *Horber'schen* Kommentars im Sinne der vorstehenden Meinung aufgegeben hat — ist freilich im Detail und in der Begründung uneins. Einigkeit besteht zwischen den Kommentatoren wohl nur hinsichtlich der Notwendigkeit der Abschichtung von dinglicher Einigung (§ 873 BGB) und Eintragungsbewilligung (§ 19 GBO), nicht aber in der theoretischen Würdigung des Verhältnisses von § 19 und § 20 GBO.

Die von *Horber/Demharter*²¹ vertretene These, § 20 GBO enthalte eine Ausnahme von dem in § 19 ausgesprochenen Grundsatz der einseitigen Bewilligung, indem er die Eintragung in bestimmten Fällen vom Nachweis der sachlich-rechtlich notwendigen Rechtsänderungserklärungen abhän-

⁵ Rpfleger 1980, 41 ff., 47.

⁶ a. a. O. (Fn. 1).

⁷ vgl. BGH NJW 1953, 1301.

⁸ vgl. OLG Düsseldorf NJW 1954, 1041.

⁹ *Reithmann/Röll/Gebele*, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 6. Aufl. 1991.

¹⁰ Buchbesprechung zu dem in Fußnote 9 zitierten Werk, DNotZ 1992, 265 f.

¹¹ RGZ 54, 383; RGZ 62, 378; RGZ 141, 374, 376; KG JFG 15, 158; OLG München 15, 286; BayObLGZ 1948/51, 437. Der Meinungsstand der älteren Literatur ist wiedergegeben bei *Güthe/TriebeI*, Grundbuchordnung, 6. Aufl. 1936, § 19 Anm. 11 (S. 368).

¹² OLG Colmar v. 15.5.1916, EisLothNotZ 1916 (Band 36), 224, 225.

¹³ a. a. O. (Fn. 2), 307.

¹⁴ *Ertl*, DNotZ 1964, 260 ff.

¹⁵ *ders.*, DNotZ 1967, 339 ff.; DNotZ 1967, 406 ff. sowie Rpfleger 1980, 41 ff.

¹⁶ KEHE/*Ertl*, § 19 Rdnr. 19 a.E.; vgl. *Schelter*, MittBayNot 1992, 172.

¹⁷ *Gantzer*, Grundbuchordnung, 1973, VI.2.e) (S. 58 f.); *Löscher*, Grundbuchrecht, 1974, S. 20.

¹⁸ *Hesse/Saage/Fischer*, a. a. O. (Fn. 1); *Güthe/TriebeI*, § 20 Rdnr. 50 und § 19 Rdnr. 11; KEHE/*Ertl*, § 20 Rdnr. 5 ff.; *Haegeler/Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 10. Aufl. 1993, Rdnr. 97; *Eickmann*, Grundbuchverfahrensrecht, 2. Aufl. 1986, 5. Kap. § 3 I.; *Meikel/Lichtenberger*, Grundbuchrecht, 7. Aufl. 1989, § 20 Rdnr. 4, 11 und § 19 Rdnr. 22; nunmehr auch *Horber/Demharter*, Grundbuchordnung, 19. Aufl. 1991, § 20 Anm. 1 a); *Behmer*, a. a. O. (Fn. 2), 307; *Rademacher*, MittRhNotK 1983, 81 ff. und 105 ff., der (S. 106) die Aussetzung der Bewilligung für ein taugliches Sicherungsinstrument im Einzelfall hält, letztere Einschränkung aber nicht begründet; widersprüchlich *Bengel/Slimmerding*, Grundbuch, Grundstück, Grenze, 3. Aufl. 1989; einerseits § 19 Rdnr. 11 („Zusätzlich zur förmlichen Eintragungsbewilligung des Betroffenen ist der Nachweis der materiellen Einigung erforderlich bei der Auflassung eines Grundstücks . . .“), andererseits § 20 Rdnr. 1 („Neben dem Nachweis der Einigung ist eine weitere Eintragungsbewilligung entbehrlich . . .“)

¹⁹ *Horber/Demharter*, a. a. O. (Fn. 18); KEHE/*Ertl*, a. a. O. (Fn. 18); *Haegeler/Schöner/Stöber*, a. a. O. (Fn. 18); *Ertl*, Rpfleger 1980, 41 ff., 49; *Nieder*, NJW 1984, 329 ff., 332. Diese Auffassung stützt sich maßgeblich auf den Beschluß des BayObLG vom 24.10.1974 — BReg. 2 Z 34/74 —, DNotZ 1975, 685 = MittBayNot 1974, 264.

²⁰ Grundlegend hierzu *Ertl*, Rpfleger 1980, 41 ff., 49; ihm folgend *Haegeler/Schöner/Stöber*, a. a. O. (Fn. 18); *Horber/Demharter*, a. a. O. (Fn. 18); *Behmer*, a. a. O. (Fn. 2), 307.

²¹ *Horber/Demharter*, a. a. O. (Fn. 18).

gig mache, ist eine letzte Reminiszenz an die lange herrschende Rechtsprechung vom Regel-Ausnahme-Verhältnis der §§ 19 und 20 GBO. Ein solches Regel-Ausnahme-Verhältnis läßt sich jedoch nur bei Erklärungen gleicher rechtlicher Qualität aufstellen. Für die dargestellte ältere Rechtsprechung war es wegen ihrer rein materiell-rechtlichen Deutung der Eintragungsbewilligung konsequent, für die Lehre von der Doppelnatur der Eintragungsbewilligung noch vertretbar, beide Vorschriften in ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zu stellen. Unter der Geltung der Lehre von der rein verfahrensrechtlichen Natur der Eintragungsbewilligung und der Einordnung der Grundbuchordnung als reines Verfahrensrecht stellt sich jedoch die Frage nach dem Verhältnis der beiden Vorschriften völlig neu. Die Frage kann nicht lauten, ob die materiell-rechtliche Einigung hinsichtlich der in § 20 GBO aufgeführten Rechtsgeschäfte die Verfahrenserklärung Eintragungsbewilligung ersetzen kann. Eine materiell-rechtliche Erklärung kann niemals an die Stelle einer von der Rechtsordnung geforderten Verfahrenserklärung treten²². Vielmehr ist das Verhältnis der beiden Vorschriften anhand ihrer Rechtsfolgenseite (§ 19: „Eine Eintragung erfolgt“; § 20: „... darf die Eintragung nur erfolgen“) so zu bestimmen, daß in den Fällen des § 20 GBO die formelle Eintragungsbewilligung des Betroffenen nicht genügt, sondern als zusätzliches Verfahrenserfordernis der Nachweis der materiell-rechtlichen Einigung vom Gesetz aus ordnungspolitischen Gründen gefordert wird²³. Es ist also im Bereich des § 20 GBO nicht etwa das Bewilligungsprinzip außer Kraft gesetzt. Vielmehr ist ein zusätzliches Prinzip als verfahrensmäßige Komponente hinzugekommen²⁴.

Für die Würdigung der herrschenden Meinung hat dies zur Folge, daß ihre These, die Eintragungsbewilligung sei regelmäßig in der Erklärung der Auflassung enthalten, auf ihren rechtlichen Gehalt überprüft werden muß. Ausgehend davon, daß die Einigung über den Rechtsübergang und die Eintragungsbewilligung wesensverschiedener Erklärungen sind, kann die Bewilligung allenfalls in der sachenrechtlichen Erklärung enthalten sein. Fehlerhaft wäre es jedoch, hier von einem gemischt-rechtlichen Doppeltatbestand auszugehen, vielmehr muß die logische Trennung von sachlich-rechtlicher Erklärung und Verfahrenserklärung konsequent durchgeführt werden und stets das Vorliegen beider Erklärungen nebeneinander gefordert werden²⁵. Lediglich im Wege der Auslegung — und zwar nach den verfahrensrechtlichen Grundsätzen der Ermittlung einer Erklärung durch schlüssiges Verhalten²⁶ — kann in der Erklärung der Einigung über den Rechtsübergang auch die Verfahrenserklärung der Eintragungsbewilligung gefunden werden²⁷. Die

Auffassung der *herrschenden Meinung*, die Erklärung der Auflassung enthalte regelmäßig auch die Eintragungsbewilligung, kann daher allenfalls im Sinn einer — praeter legem von der Rechtspraxis entwickelten — Auslegungsregel aufrecht erhalten werden. Vorzugswürdig erscheint es für die Urkundsgestaltung allemal, die Bewilligung zusätzlich zur sachenrechtlichen Erklärung (auch in den nicht § 20 GBO unterliegenden Fällen) ausdrücklich zu erklären bzw. festzuhalten, daß die Bewilligung derzeit noch nicht erklärt sein soll²⁸.

Vorderhand erscheint es — schon um der herrschenden Auffassung Genüge zu tun, aber auch um den Grundbuchrechtspfleger nicht vor Auslegungsprobleme zu stellen — opportun, nicht schlicht die Bewilligung wegzulassen, wenn sie noch nicht erklärt sein soll, sondern ausdrücklich in der Urkunde zu dokumentieren, daß die Auflassung eine Bewilligung der Eigentumsumschreibung *nicht* enthält.

II. Fazit

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, daß die Aussetzung der Bewilligung der Eigentumsumschreibung für das Grundbuchamt ein verfahrensrechtliches Hindernis für die Eigentumsumschreibung schafft (§ 18 GBO).

C) Vorteile der Aussetzung der Bewilligung zur Eigentumsumschreibung

I. *Der erste Vorteil* der Lösung gegenüber der allgemeinen Vorlagesperre liegt auf der Hand: Ein Büroversehen dahin, daß versehentlich dem Erwerber entgegen der Anweisung in der Urkunde doch eine Ausfertigung der Urkunde erteilt wird, aus welcher die Auflassung (in der nach der unter B) dargestellten herrschenden Meinung ja die Eintragungsbewilligung jedenfalls enthalten ist) nicht herauskopiert wurde, kann auch im bestorganisierten Notariat nicht ausgeschlossen werden. Vor allen Dingen bei Rechtsgeschäften, in denen eine Vorlagesperre für die Eigentumsumschreibung vom Personal nicht stets aktuell erwartet wird wie beispielsweise bei Scheidungsvereinbarungen, bei denen häufig die Vorlagesperre dahin geht, daß die Urkunde zur Eigentumsumschreibung erst dann vorgelegt werden soll, wenn nachweislich die Gläubiger der Eheleute den einen Teil aus der gemeinsamen Schuldhaft entlassen haben, kann es zu Vollzugspannen kommen. Die Erteilung von Ausfertigungen bei ausgesetzter Bewilligung der Eigentumsumschreibung ist demgegenüber unbedenklich, da die Einhaltung der Verfahrensvorschriften durch das Grundbuchamt allseits erwartet werden kann.

II. Ein *zweiter*, nicht zu unterschätzender *Vorteil* besteht in der einfacheren Rechtslage für den Käufer, den die Abgabe der Bewilligungserklärung verweigernden Verkäufer im Klagewege in Anspruch zu nehmen. Im Streitfall wird der Notar gut daran tun, von einer ihm von den Parteien eingeräumten Ermächtigung, die Eigentumsumschreibung im Namen des Verkäufers zu bewilligen, wenn ihm dieser die Kaufpreiszahlung bestätigt oder der Käufer sie ihm durch

²² Meikel/Lichtenberger, § 19 Rdnr. 18.

²³ Meikel/Lichtenberger, § 20 Rdnr. 4 unter zutreffender Berufung auf Hesse/Saage/Fischer (vgl. Fn. 1); Güthe/Triebe!, § 20 Anm. 2 und Anm. 50 fordert zwar auch zusätzlich eine Eintragungsbewilligung zur materiellrechtlichen Einigung, empfiehlt jedoch seiner in § 19 Anm. 11 dargelegten generellen Linie treu bleibend, den Grundsatz der Gegensätzlichkeit von Einigung und Eintragungsbewilligung nicht formalistisch zu überspannen und erkennt an, daß mancherlei Fälle möglich sind, in denen durch die materielle Auflassungserklärung zugleich die formelle Eintragungsbewilligung deutlich zum Ausdruck gebracht wird (Güthe/Triebe!, § 20 Anm. 50 ganz am Ende (S. 520)).

²⁴ Meikel/Lichtenberger, a. a. O. (Fn. 20); Wolfsteiner, DNotZ 1987, 67 ff., 72 und 74.

²⁵ Konsequent Meikel/Lichtenberger, § 19 Rdnr. 25—27.

²⁶ Meikel/Lichtenberger, § 19 Rdnr. 20.

²⁷ Vom Ergebnis einer Auslegung gehen auch KEHE/Ertl, § 20 Rdnr. 7 und Horber/Demharter, § 20 Anm. 1 a) aus.

²⁸ Dies scheint mir das berechtigte Anliegen der z. B. bei Horber/Demharter a. a. O. (Fn. 24) als Gegenauffassung zitierten Meinung von Meikel/Lichtenberger, § 19 Rdnr. 26 und § 20 Rdnr. 50 zu sein. Lichtenberger weist in § 19 Rdnr. 26 (wohl in Abgrenzung zur Auffassung der in Fn. 20 dargestellten Meinung von Güthe/Triebe!) mit Recht darauf hin, daß es nicht zur Förmelerei führt, neben einer einwandfrei erklärten Einigung noch eine formalisierte Bewilligung zu verlangen.

Bankbestätigung nachgewiesen hat (bzw. von einer ihm mit entsprechendem Treuhandauftrag verwahrten Eintragungsbewilligung des Verkäufers), keinen Gebrauch zu machen. Der Käufer ist dann auf eine Klage auf Eigentumsverschaffung oder (einfacher) auf Abgabe einer solchen Bewilligungserklärung des Verkäufers angewiesen.

*Eckhardt*²⁹ — ein Verfechter der allgemeinen Vorlagesperre — meint zwar, auch bei Klage auf Abgabe einer Kaufpreiszahlungsbestätigung könne der Käufer ein nach § 894 ZPO vollstreckbares Urteil erwirken. Ziel seiner Ausführungen ist es, beim Vorbehalt der Eigentumsumschreibung die Vorlage einer Kaufpreisbestätigung des Verkäufers zur zwingenden, aber einhaltbaren Voraussetzung für die Vorlage zur Eigentumsumschreibung durch den Notar zu erklären³⁰. Die Abgabe einer Kaufpreiszahlungsbestätigung ist jedoch nicht die einer Willenserklärung, sondern einer (wohl unvertretbaren) Willenserklärung und unterfällt daher wohl hinsichtlich ihrer Vollstreckung nicht § 894 ZPO, sondern § 888 ZPO. Demgegenüber ist für Klagen auf Abgabe von Prozeßhandlungen der streitigen und freiwilligen Gerichtsbarkeit und zwar ausdrücklich für die Eintragungsbewilligung nach § 19 GBO anerkannt, daß sie nach §§ 894, 895 ZPO vollstreckt werden³¹. Dem berechtigten Anliegen *Eckhardts* — die Bankbestätigung des Käufers ist kein Nachweis der Erfüllung seiner Leistungspflicht, sondern (allenfalls) Nachweis der Erbringung der ihm obliegenden Leistungshandlung — trägt die hier vorgestellte Lösung besser Rechnung als die allgemeine Vorlagesperre.

III. *Der dritte Vorteil* der Aussetzung der Bewilligung der Eigentumsumschreibung besteht in der Möglichkeit der Beteiligten, für die Urkundsgestaltung und die weitere Überwachung des Vertrages durch den Notar erwachsende hinderliche Rechtsfolgen zu vermeiden, welche nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes aus der erklärten Auflassung entstehen sollen.

1. Verhinderung der Entstehung eines Anwartschaftsrechts

a) Entstehungsvoraussetzungen

Nach der in der Literatur bekämpften³², jedoch erst unlängst erneut bestätigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes³³ soll aus der erklärten Auflassung und der Eintragung einer Auflassungsvormerkung für den Käufer im Grundbuch, deren Schutz kaum ein Käufer entzogen kann, bereits ein Anwartschaftsrecht für ihn entstehen, welches mit der Eigentumsumschreibung zum Vollrecht Eigentum erstarken soll.

²⁹ *Eckhardt*, DNotZ 1983, 96 ff., 99.

³⁰ Vgl. die Zusammenfassung von *Eckhardt*, a. a. O. (Fn. 29), 103.

³¹ Vgl. statt vieler *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, Zivilprozeßordnung, 49. Aufl. 1991, § 894 ZPO Anm. 1 B unter zutreffender Berufung auf den Beschluß des BayObLG vom 17.8.1983 — 2 Z 64/85 — Rpfleger 1984, 480 f.; *Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO, 20. Aufl. 1988, § 894 Rdnr. 9. Der modernen Lehre von der rein verfahrensrechtlichen Natur der Eintragungsbewilligung entspricht natürlich nur eine analoge Anwendung des § 894 ZPO.

³² Namentlich *Reinicke/Tiedtke*, NJW 1982, 2281 ff., 2285; *Staudinger/Ertl*, § 925 BGB Rdnr. 140; *KEHE/Ertl*, Einl. M Rdnr. 19; ferner *Münzberg*, Festschrift für *Schiedermair* 1976, 439 ff., 455 f. sowie Urteilsanmerkung zum Beschluß des LG Düsseldorf vom 29.1.1985 — 25 T 536, 538/84 —, Rpfleger 1985, 306 f., insbesondere Fn. 1 und 21; *Eickmann*, Urteilsanmerkung zum Beschluß des OLG Düsseldorf vom 12.11.1980 — 3 W 298/80 —, Rpfleger 1981, 200 f.; *Böttcher*, Urteilsanmerkung zum Beschluß des LG Fulda vom 22.12.1987 — 2 T 206/87 — (der ersten Instanz zum Beschluß des BGH vom 1.12.1988), Rpfleger 1988, 252 ff., 254; *Hintzen*, Rpfleger 1989, 439 ff., 441; *Hager*, JuS 1991, 1 ff., 4 m. w. N. der ablehnenden Stimmen aus der Kommentarliteratur zum BGB.

b) Übertragbare Rechtsstellung?

Die Diskussion um das Anwartschaftsrecht des Auflassungsempfängers ist nach dem Beschluß des Bundesgerichtshofes vom 1.12.1988 erneut entbrannt³⁴. Ohne an dieser Stelle in die grundsätzliche Diskussion um die generelle Berechtigung der Figur des Anwartschaftsrechts und speziell des Anwartschaftsrechts des Auflassungsempfängers eintreten zu können³⁵, sei für die Verwertbarkeit im Rahmen der Kaufvertragsgestaltung auf folgendes hingewiesen:

Die Rechtsfigur des Anwartschaftsrechts diene in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in den fünfziger Jahren in erster Linie dazu, konkurs- bzw. einzelwangsvollstreckungsfeste Rechtspositionen des Zweiterwerbers im Konkurs bzw. bei Einzelvollstreckung in das Vermögen des Ersterwerbers eines Rechtsgegenstandes zu schaffen bzw. durch die Negation einer solchen Position ihn auf die Konkursquote zu verweisen. Die Bedeutung des berühmten *Dittmann-Anhänger-Urteils* vom 22.2.1956³⁶ liegt darin, daß es unter Bemühung der Figur des Anwartschaftsrechts dem Zweiterwerber einer vom Ersterwerber unter Eigentumsvorbehalt erworbenen beweglichen Sache die Drittwiderspruchsklage gem. § 771 ZPO zusprach, wohingegen der gleiche Senat des BGH im Urteil vom 5.1.1955³⁷ den Abtretungsempfänger einer vom nachmaligen Gemeinschuldner im voraus abgetretenen Forderung, welche erst nach der

³³ Deziert erstmals im Urteil vom 30.4.1982 — V ZR 104/81 — BGHZ 83, 395, 399 [= *MittBayNot* 1982, 116 = *DNotZ* 1982, 619] — zu entscheiden war über die Formbedürftigkeit der Aufhebung eines Grundstückskaufvertrages —; Andeutungen bereits im Urteil vom 25.2.1966 — V ZR 129/63 —, BGHZ 45, 186, 190; im Beschluß des BGH vom 1.12.1988, BGHZ 106, 108 ff. [= *MittBayNot* 1989, 87 = *DNotZ* 1990, 289] ist lediglich im amtlichen Leitsatz auf BGHZ 83, 395, 399 und BGHZ 89, 41, 44 Bezug genommen — im zur Entscheidung stehenden Fall war aber keine Vormerkung beantragt oder eingetragen; die zitierte Entscheidung BGHZ 89, 41, 44 f. (Urteil vom 11.11.1983 — V ZR 211/82 — [= *DNotZ* 1984, 319]), in der ein Teilflächenkauf zur Beurteilung stand, besagt lediglich, daß die Vormerkung allein — ohne Erklärung der Auflassung — kein Anwartschaftsrecht begründet. Im Urteil vom 5.4.1991 — V ZR 39/90 —, *DNotZ* 1992, 292 ff., hat der BGH dem aus erklärter Auflassung und Eintragung der Vormerkung anwartschaftsberechtigten Käufer einen eigenen Anspruch auf Liquidation des Substanzschadens gegen unzulässige Vertiefungen des Grundstücks zuerkannt. Die dem BGH zustimmende überwiegende Meinung in der Literatur ist wiedergegeben bei *Hager*, (Fn. 32), 3 (dort. Fn. 42).

³⁴ Vgl. neben dem Aufsatz von *Hager* (Fn. 32) namentlich *Medicus*, *DNotZ* 1990, 275 ff.

³⁵ Angemerkt sei, daß es „das Anwartschaftsrecht“ ohnehin nicht als einheitliche Rechtsfigur, geschweige denn als allgemeinen Begriff gibt; unter einer „Anwartschaft“ versteht man eine mehr oder weniger gesicherte Aussicht auf den Anfall eines subjektiven Rechts, die darauf beruht, daß der normale Erwerbstatbestand eines solchen Rechts schon teilweise verwirklicht ist und seine Vollendung mit einiger Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann. Von einem „Anwartschaftsrecht“ spricht man erst dort, wo die Aussicht einen solchen Grad von Festigkeit erreicht hat, daß sie im Verkehr als eine bereits gegenwärtige Vermögensposition angesehen wird und daher das Bedürfnis hervortritt, sie wie ein subjektives Recht zu übertragen, zu verpfänden und zu pfänden, vgl. *Larenz*, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1989, § 13 II.9., der die Anwartschaftsrechte mit Recht zusammen mit den Anfallsrechten behandelt. Die nachfolgenden Ausführungen sollen darlegen, daß ein solches Bedürfnis, die Rechtsstellung des vormerkungsgeschützten Auflassungsempfängers wie ein subjektives Recht zu übertragen, zu pfänden und zu verpfänden, gerade nicht hervortritt (dazu *KEHE/Ertl*, Einl. M Rdnr. 5 und 34).

³⁶ IV ZR 164/55, BGHZ 20, 88 ff.

³⁷ IV ZR 154/54, BGH NJW 1955, 544 = LM § 15 KO Nr. 1.

Konkurrenzeröffnung entstanden war, auf die Konkursquote verwiesen hatte, weil in seiner Person noch kein Anwartschaftsrecht entstanden war.

Zum Anwartschaftsrecht des Auflassungsempfängers bemerkt denn auch der 5. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes in seinem Beschluß vom 18.12.1967³⁸ — allerdings nur in einem obiter dictum —, daß auch die Übertragung der Anwartschaft des Auflassungsempfängers aus erklärter Auflassung und bereits beim Grundbuchamt gestellten Umschreibungsantrag ein Erstarren zum Vollrecht unmittelbar in der Person des Zweiterwerbers ohne Durchgangserwerb des Ersterwerbers bewirke.

Demgegenüber besteht die Bedeutung des Beschlusses vom 1.12.1988³⁹ darin, daß er an der schon vom Reichsgericht überkommenen Auffassung des Bundesgerichtshofes festhält, die unmittelbare Umschreibungsmöglichkeit auf den Erwerber beruhe auf der in der Erklärung der Auflassung regelmäßig liegenden Ermächtigung des Ersterwerbers durch den Grundstückseigentümer gem. § 185 BGB⁴⁰.

Konstruiert man aber die Weiterübertragungsmöglichkeit des Ersterwerbers über § 185 BGB, liegt die entscheidende Frage nicht darin, ob bei ausgesetzter Bewilligung der Eigentumsumschreibung aus der erklärten Auflassung ein Anwartschaftsrecht des Ersterwerbers entsteht, das diesem die Weiterübertragung des Grundstücks aus eigenem Recht gestattet, sondern vielmehr darin, ob eine Auflassung, die mit dem Vorbehalt der Eintragungsbewilligung behaftet ist, dahin ausgelegt werden kann, sie enthalte die Ermächtigung zur Weiterübertragung des Grundstücks. Ich meine, daß dies nicht der Fall ist: Wer sich die Bewilligung der Eigentumsumschreibung bis zum Erhalt der ihm gebührenden Gegenleistung vorbehält, will zunächst nur mit seinem ihm bekannten Vertragspartner auch hinsichtlich der Abwicklung des Vertrages zu tun haben und ihm bis zum Erhalt der Gegenleistung das Grundstück gerade noch nicht zur Weiterveräußerung an die Hand geben^{40a}. Ein klarstellender Hinweis in der Kaufvertragsurkunde, daß eine Weiterveräußerung des Grundstücks nur mit seiner ausdrücklichen Zustimmung möglich sein soll, kann aber sicher nichts schaden.

Man sieht: Für die Rechtsfrage, derentwegen der BGH das Anwartschaftsrecht maßgeblich kreierte, spielt die Figur für die Urkundsgestaltung kaum eine Rolle. Vielmehr ist vor der Verwendung des Anwartschaftsrechts aus erklärter Auflassung und eingetragener Vormerkung bei der Vertragsabfassung zu warnen: Dieses Anwartschaftsrecht, das der BGH aus dem Anwartschaftsrecht des Auflassungsempfängers, dessen Eigentumsumschreibungsantrag bereits beim Grundbuchamt liegt, entwickelt⁴¹ und mit letzterem als ein-

heitliches Institut begreift, weist gegenüber seiner Mutterfigur den Unterschied auf, daß es wegen seiner Vormerkungsabhängigkeit akzessorisch zum Bestand des Kaufvertrages des Erstkäufers ist und seine Verwendung als Sicherungsmittel für den Kaufvertrag des Zweiterwerbers diesem eine Sicherung vortauschen könnte, die es nicht bietet. Der Rücktritt des Verkäufers von seinem Kaufvertrag wegen Verzugs des Erstkäufers vernichtet es beispielsweise rettungslos, von anderen Störfällen des ersten Kaufvertrages ganz zu schweigen. Es ist letztlich nicht mehr wert als die sogenannte „abgetretene Vormerkung“, deren Zweifelhaftigkeit als Sicherungsmittel des Käufers hinlänglich bekannt ist. Wenn überhaupt, sollte es beim Kaufvertrag, der ja regelmäßig über das Grundstück (Sachkauf) und nicht über das Anwartschaftsrecht (dies wäre ein Rechtskauf) abgeschlossen wird, lediglich erfüllungshalber vom Erst- auf den Zweiterwerber übertragen werden.

Die sich angesichts des BGH-Beschlusses vom 1.12.1988 aufdrängende Frage, ob aus der erklärten Auflassung ein Anwartschaftsrecht des vormerkungsgeschützten Käufers entsteht, wenn die Eintragungsbewilligung vorbehalten wird, interessiert — abgesehen vom dargestellten Übertragungsproblem — maßgeblich für weitere Rechtsfragen.

c) Pfändbare Rechtsstellung?

Kann die aus der Erklärung der Auflassung und der Eintragung der Vormerkung entstandene Rechtsposition des Käufers Gegenstand einer Pfändung sein? Bejahendenfalls stellt sich die Anschlußfrage nach dem Verhältnis einer solchen Pfändung zur jedenfalls möglichen Pfändung des bis zur Eigentumsumschreibung fortbestehenden Anspruchs des Käufers auf Eigentumsverschaffung.

Für die Vertragsabwicklung ist die gestellte Frage maßgeblich dann von Bedeutung, wenn in der Kaufvertragsurkunde dem Käufer nur Finanzierungsvollmacht eingeräumt werden kann, weil er noch kein passendes Finanzierungsinstitut gefunden hat und die Eintragung der Auflassungsvormerkung erfolgt, bevor die Finanzierungsgrundschuld dem Grundbuchamt zur Eintragung vorgelegt werden kann. Eine zwischenzeitliche Pfändung⁴² eines etwa entstandenen Anwartschaftsrechts des Erwerbers führt bei Eigentumsumschreibung auf ihn zur Entstehung einer Sicherungshypothek des Pfändungsgläubigers in analoger Anwendung von § 848 Abs. 2 Satz 2 ZPO⁴³ und zwar nach ganz herrschender Meinung im Rang vor dem Finanzierungsgrundpfandrecht⁴⁴. Die resultierenden Abwicklungsprobleme sind

⁴² In der Praxis droht eine solche Pfändung in erster Linie durch das Finanzamt, welches durch Übersendung der Veräußerungsanzeige Kenntnis vom Vorgang hat. Mit Recht gegen die Ausnutzung eines solchen Informationsvorsprungs gegenüber den anderen Gläubigern *App.*, DNotZ 1988, 339 ff.

⁴³ Seit BGHZ 49, 197, 204 einhellige Meinung, vgl. die umfangreichen Schrifttumsnachweise bei *Hager* (Fn. 32), 6 (dort Fn. 100) sowie vor allem *Stöber*, Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte, 9. Aufl. 1990, Rdnr. 2058 m. w. N., der unter zutreffender Berufung auf den Beschluß des OLG Düsseldorf vom 12.11.1980, Rpfleger 1991, 199, 200 zu recht feststellt, daß bei dieser nach § 857 Abs. 2 ZPO erfolgenden Pfändung die Mitwirkung eines Sequesters nicht erforderlich ist; das ältere Schrifttum hatte im Anschluß an BayObLG JFG 9, 233 = HRR 1932, Nr. 1389 den Gläubiger noch auf die Eintragung einer Zwangshypothek nach §§ 867, 932 ZPO verwiesen, vgl. die Nachweise bei *Hoche* (Fn. 45), 931 (dort Fn. 3).

⁴⁴ *Stöber*, a. a. O. (Fn. 43), Rdnr. 2059 i. V. m. Rdnr. 2065; *Hintzen*, a. a. O. (Fn. 32), 441; *Kerbusch*, Urteilsanmerkung zum Beschluß des LG Fulda vom 22.12.1987 — 2 T 206/87 —, Rpfleger 1988, 475, 476, der erörtert, ob ein gutgläubiger Vorrangserwerb des Grundpfandrechtsgläubigers möglich ist; a. A. nur *Böttcher*, a. a. O. (Fn. 32), 263.

³⁸ V ZB 6167, BGHZ 49, 197, 205 = DNotZ 1968, 483.

³⁹ BGHZ 106, 108, 112 = MittBayNot 1989, 87 = DNotZ 1990, 289.

⁴⁰ Vgl. den Hinweis von *Medicus*, a. a. O. (Fn. 34), 287.

^{40a} Ebenso KEHE/*Ertl*, § 19 Rdnr. 81 und Einl. M Rdnr. 20 und 21, wo er der aus der erklärten Auflassung entstandenen Rechtsposition die Verkehrsfähigkeit abspricht, wenn die Eintragungsbewilligung zur Eigentumsumschreibung fehlt.

⁴¹ Vgl. die Ableitung des BGH im Urteil vom 30.4.1982, BGHZ 83, 395, 399 = DNotZ 1982, 619: „Ein derartiges Anwartschaftsrecht des Auflassungsempfängers ist zu bejahen, wenn er selbst den Antrag auf Eintragung als Eigentümer gestellt hat; ... (BGHZ 49, 197, 222, 201). Eine einseitige Zerstörung der Rechtsposition des Auflassungsempfängers durch den Veräußerer ist aber auch dann nicht mehr möglich, wenn zugunsten des Auflassungsempfängers eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen ist, die nach den §§ 883 Abs. 2, 888 BGB Schutz vor einer anderweitigen Verfügung des Veräußerers gewährt (vgl. BGHZ 45, 186, 190).“

leicht vorstellbar, treten aber in gleicher Weise bei der auch nach Erklärung der Auflassung noch möglichen Pfändung⁴⁵ des Eigentumsverschaffungsanspruchs des Käufers⁴⁶ auf. Der praktische Unterschied zwischen den beiden Wegen besteht neben der Entbehrlichkeit der Einschaltung eines Sequesters für die Auflassung nur darin, daß die Pfändung des schuldrechtlichen Eigentumsverschaffungsanspruchs mit Beschlußzustellung an den Veräußerer als Drittschuldner wirksam wird, während das Anwartschaftsrecht aus Auflassung als drittschuldnerloses Recht durch Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Schuldner gepfändet wird⁴⁷. Da der vorsichtige, durch den Tatbestand des BGH-Beschlusses vom 1.12.1988 gewarnte Gläubiger dem Rate Münzbergs folgend⁴⁸ stets beides pfänden wird, kommt der Pfändungsmöglichkeit eines etwa entstehenden Anwartschaftsrechts für die Frage der Urkundsgestaltung keine entscheidende Bedeutung zu.

d) Konkursfeste Rechtsstellung?

Erwächst aus der erklärten Auflassung dem vormerkungsgeschützten Käufer eine Rechtsstellung, die ihn im Konkurs seines Verkäufers stärker schützt als die für ihn eingetragene Auflassungsvormerkung?

Im Konkurs des Verkäufers hilft dem vormerkungsgeschützten Auflassungsempfänger in erster Linie die Vorschrift des § 24 KO, die das Wahlrecht des Konkursverwalters nach § 17 KO ausschließt⁴⁹. Wenn auch die Erweiterung der Vor-

schrift um den weiteren Satz 2 noch Lücken im Käuferschutz läßt⁵⁰, so ist doch ersichtlich, daß das Gesetz den Schutz des Erwerbers über die Eintragung der Vormerkung leistet und eine Erweiterung seines Schutzes über die Figur des Anwartschaftsrechts weder nötig ist noch mit der allgemeinen konkursrechtlichen Behandlung von Anwartschaftsrechten vereinbar ist. zum Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers einer beweglichen Sache hat nämlich der BGH in seinem Urteil vom 9.7.1986⁵¹ an seiner im Urteil vom 10.10.1962⁵² begründeten Auffassung festgehalten, das Bestehen eines solchen Anwartschaftsrechts hindere den Konkursverwalter an der Ausübung seines gesetzlichen Wahlrechts nach § 17 KO in den durch Treu und Glauben gezogenen Grenzen nicht, und der gegenteiligen herrschenden Literaturmeinung⁵³ eine Absage erteilt.

Die letztere Entscheidung des BGH läßt den Schluß zu, daß akzessorische Anwartschaftsrechte in Bestand und Schutzwirkung gegenüber dem Vertragspartner für ihren Inhaber nicht mehr Schutz bieten als der schuldrechtliche Anspruch, mit dessen Fortbestand sie stehen und fallen⁵⁴.

e) Deliktsschutz nach § 823 Abs. 1 BGB?

Schafft die Erklärung der Auflassung im Verein mit der Eintragung der Auflassungsvormerkung für den Käufer eine durch § 823 Abs. 1 BGB geschützte Rechtsposition? Bejahendenfalls: Welche Schäden kann der Auflassungsempfänger mit dieser Rechtsstellung liquidieren?

Die Rechtsstellung des vormerkungsgeschützten Auflassungsempfängers hat der BGH zuletzt in seinem Urteil vom 5.4.1991⁵⁵ als Anwartschaftsrecht bezeichnet. Der BGH hat in dieser Entscheidung dem vormerkungsgeschützten Auflassungsempfänger einen eigenen Anspruch auf Schadensersatz gegen unzulässige Vertiefungen des Nachbargrundstücks zugesprochen und ihn auch den Substanzschaden liquidieren lassen, wenn sein Anwartschaftsrecht bei Eintritt der Vertiefungsschäden bestand und feststeht, daß der daraus folgende Schaden allein bei ihm verbleibt. Bemerkenswert an der Entscheidung ist, daß der BGH die Begründung nicht unmittelbar in der Einordnung des Anwartschaftsrechts als sonstiges Recht i. S. d. § 823 Abs. 1 BGB sucht, sondern den anwartschaftsberechtigten Käufer in den Schutzbereich des als Schutzgesetz anerkannten § 909 BGB einbezieht und über § 823 Abs. 2 BGB zu Ergebnis kommt. In den Entscheidungsgründen jedoch hebt der BGH⁵⁶ ganz auf die Parallele zum Anwartschaftsrecht auf der Grundlage eines Eigentumsvorbehalts ab, welches bei Beeinträchtigung durch Dritte ebenfalls deliktrechtlichen Schutz vor Substanzschäden gewähre, so daß man wohl in der Annahme nicht fehlerhaft, daß der BGH in Ermangelung eines Schutzgesetzes auch über § 823 Abs. 1 Deliktsschutz gewährt hätte. Der Käufer mußte demzufolge nicht — wie der BGH

⁴⁵ Stöber, a. a. O. (Fn. 43), Rdnr. 2072 bezeichnet die Frage als noch nicht abschließend geklärt. In der Tat hat der BGH in seinem grundlegenden Beschluß vom 18.12.1967, BGHZ 49, 197, 204 das Problem offen gelassen. Maßgebend ist jedoch — wie Stöber auch selbst a. a. O. (Fn. 39) ausführt —, daß der Eigentumsverschaffungsanspruch erst mit der Eigentumsübertragung und damit mit der Eintragung des Käufers als Eigentümer in das Grundbuch erfüllt ist; vgl. *Vollkommer*, Rpfleger 1969, 409 ff., 412 f. Der Verkäufer mag alle Leistungshandlungen vorgenommen haben, Erfüllung ist damit noch nicht eingetreten; unvorhergesehene Ereignisse zwischen diesen Zeitpunkten sind über Leistungsstörungsrecht — die Unmöglichkeit ist vom BGB in § 275 als Befreiungsgrund des Schuldners konzipiert — zu lösen. Es besteht Anlaß zu der Vermutung, daß dem „Erfinder“ des Anwartschaftsrechts des Auflassungsempfängers, *Ulrich Hoche*, dessen dritte Abhandlung selner Aufsatzreihe in der NJW 1955, Die Pfändung des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung, NJW 1955, 931, 933, hier als Gegenauffassung von Stöber zitiert wird, genau diese Unterscheidung nicht bewußt war und er daher die Figur des Anwartschaftsrechts bemühen mußte. *Hoche* meint nämlich a. a. O., 933 f., nach Erklärung der Auflassung existierten nurmehr Neben- oder Restansprüche, die sich auch nach der Erklärung der Auflassung als unselbständige und daher nicht selbständig abtretbar, pfändbar und verpfändbar darstellten; nach der Auflassung bestünde aber keine Möglichkeit mehr, den Hauptanspruch, der auf Erklärung der Auflassung gerichtet sei, abzutreten, zu verpfänden oder zu pfänden, da dieser Anspruch erfüllt sei. *Hoches* Irrtum besteht darin, den Grundstücksverkäufer *primär* als zur Erklärung der Auflassung verpflichtet anzusehen, nach dem Gesetz (§ 433 Abs. 1 Satz 1) schuldet er jedoch Eigentumsverschaffung und damit die Erklärung der Auflassung „nur“ als Leistungshandlung. Wie hier im Ergebnis denn auch Stöber, a. a. O. (Fn. 43), Rdnr. 2074. Zuzugeben ist jedoch, daß die Formulierungen in manchen BGH-Urteilen zu der Frage, wann denn nun erfüllt ist, reichlich unscharf sind, vgl. hierzu noch Fn. 76.

⁴⁶ Vgl. die in Fn. 43 und 44 genannten Autoren.

⁴⁷ Stöber, a. a. O. (Fn. 43), Rdnr. 2074, der darauf hinweist, daß wegen fehlenden Drittschuldnerverbots die Anwartschaftspfändung, welche mangels entstandenen Anwartschaftsrechts ins Leere geht, nicht im Wege der Auslegung des Pfändungsbeschlusses in die Pfändung des Eigentumsverschaffungsanspruchs umgedeutet werden kann.

⁴⁸ Festschrift für *Schiedermair* (Fn. 32), 444 und Rpfleger 1985 (Fn. 29), 308.

⁴⁹ *Kuhn/Uhlenbruck*, Konkursordnung, § 24 Rdnr. 4.

⁵⁰ Vgl. *Kuhn/Uhlenbruck*, § 24 Rdnr. 11.

⁵¹ VIII ZR 232/85, BGHZ 98, 160, 169.

⁵² VIII ZR 203/61, BGH LM KO § 17 Nr. 6.

⁵³ *Kuhn/Uhlenbruck*, § 17 Rdnr. 18 d. m. v. N.; *Jaeger/Henckel*, Konkursordnung, 9. Aufl. 1980, § 17 Rdnr. 53.

⁵⁴ *Böhle-Stamschräder/Kilger*, Konkursordnung, 15. Aufl. 1987, § 17 KO Anm. 3 b am Ende: „Der Gegenmeinung, daß das Anwartschaftsrecht des Käufers konkursfest sei, hält der BGH entgegen, daß es von der schuldrechtlichen Grundlage des Kaufvertrages abhängig sei und daß der KVerw dieses durch die Wahl der Nichterfüllung zu Fall bringen könnte“.

⁵⁵ V ZR 39/90, BGH DNotZ 1992, 293 ff.

⁵⁶ a. a. O. (Fn. 55), 295 f.

ausdrücklich betont⁵⁷ — auf dem Weg der Drittschadensliquidation seinen Schaden ersetzt verlangen.

Die Entscheidung des BGH ist mit Vorsicht zu genießen, da sie nur dann zu befriedigenden Ergebnissen führt, wenn der Käufer dann auch Eigentümer wird⁵⁸. Gerade der Notar aber, der nicht wie der BGH ex post den Sachverhalt zu beurteilen hat, weiß, mit welchen Klippen bis zum Endvollzug der Urkunde gerechnet werden muß und sollte daher meines Erachtens das Entstehen eines Anwartschaftsrechts nicht von sich aus forcieren.

f) *Kein Anwartschaftsrecht, wenn Bewilligung der Eigentumsumschreibung fehlt?*

Die aufgeführten Fälle zur Relevanz des Anwartschaftsrechts aus erklärter Auflassung und eingetragener⁵⁹ Vormerkung haben gezeigt, daß die Rechtspraxis für diese Figur keine rechte Verwendung hat und somit gerade kein Bedürfnis im Rechtsverkehr hervortritt, diese Rechtsstellung des Erwerbers wie das Vollrecht Eigentum zu behandeln. Mehr noch: Das Urteil des BGH vom 5.4.1991 zeigt, daß die Rechtsfigur eine Eigendynamik entwickelt, die von der wertungsmäßigen Begründung einer Entscheidung eher wegführt und damit mehr verdunkelt als erhellt. Ergibt sich daher, daß bei der hier diskutierten Lösung kein Anwartschaftsrecht des Käufers entsteht bzw. daß die Vertragsparteien die Entstehung eines solchen ausschließen können, hätte man einigen praktisch unbrauchbaren dogmatischen Ballast abgeworfen.

Die Bedeutung des BGH-Beschlusses vom 1.12.1988 liegt in diesem Zusammenhang darin, daß der BGH hinsichtlich der Entwicklungsstufen, welche der Eigentumserwerb des Käufers durchläuft⁶⁰, eine Zäsur einbaut: Erst von dem Zeitpunkt der Entstehung eines Anwartschaftsrechts an soll eine pfändbare Rechtsposition des Erwerbers bestehen. Man kann davon ausgehen, daß vorher entstandene Rechtsstellungen des Erwerbers demzufolge auch nicht selbständig übertragbar sind und im Abschluß an *Ertl*⁶¹ sagen, daß vorher entstandene Rechtspositionen — mögen sie auch entstanden sein — jedenfalls nicht verkehrsfähig sind.

⁵⁷ a. a. O. (Fn. 55), 296; darauf, daß es sich bei Schäden am Grundstück im wesentlichen (abgesehen vom Fall der Insolvenz des Verkäufers) um ein Abwicklungsproblem handelt, weist mit Recht *Hager*, (Fn. 32), 7 hin.

⁵⁸ Daher wohl die Einschränkung im Leitsatz der Entscheidung: Es muß feststehen, daß der entstehende Schaden beim Käufer verbleibt. Man beachte, daß der BGH im Urteil vom 23.2.1966 — V ZR 129/63 — BGHZ 45, 186 dem Auflassungsempfänger, dessen Umschreibungsantrag vom Grundbuchamt zurückgewiesen wurde, den Schutz aus § 823 Abs. 1 BGB versagt hat.

⁵⁹ Das OLG Düsseldorf läßt in seinem Beschluß vom 12.11.1980 — 3 W 298/80 — Ppfleger 1981, 199, 200, das Anwartschaftsrecht bereits mit dem Antrag des Erwerbers auf Eintragung der Vormerkung entstehen. Diese Vorverlegung des Entstehungszeitpunkts ist zwar konsequent, ändert aber an den Sachproblemen des Anwartschaftsrechts nichts.

⁶⁰ Vgl. die ausführliche Darstellung bei *Staudinger/Ertl*, § 925 BGB Rdnr. 120 ff.; *ders.* in KEHE, Einl. M Rdnr. 3 ff.; *Palandt/Bassenge*, 52. Aufl. 1993, § 925 BGB Rdnr. 18 ff.

⁶¹ KEHE/Ertl, Einl. M Rdnr. 3; eine solche Differenzierung zwischen der Entstehung einer Rechtsposition und ihrer Verkehrsfähigkeit liegt auch dem Beschluß des BayObLG vom 5.9.1991, MittBayNot 1992, 49, zugrunde, wenn es darlegt, daß die aus der bloßen Auflassungserklärung dem Erwerber erwachsende sogenannte „schlichte Anwartschaft“ eine vermögensrechtliche Position darstelle, hinsichtlich derer bei Hinzutreten weiterer Erwerber nach erklärter Auflassung in analoger Anwendung von § 738 BGB Anwartschaft eintreten könnte.

Auch wenn die Entscheidung stark begriffsjuristisch anmutet, so tritt in ihrem Gefolge doch eine gewisse Vereinfachung der Rechtslage ein: Die Probleme, die sich aus der Pfändung der sog. „ungesicherten (schlichten) Anwartschaft“ ergeben, gehören ebenso der Vergangenheit an wie die Verfügung über diese⁶².

Ob nun aus der Rechtsstellung des vormerkungsgeschützten Auflassungsempfängers nach der Rechtsprechung des BGH auch dann ein Anwartschaftsrecht im Sinne einer verkehrsfähigen Rechtsposition entsteht, wenn die Eintragungsbewilligung des Veräußerers noch fehlt, bezeichnet *Ertl*⁶³, der sich als einziger bis dato mit dieser Frage beschäftigt und sie verneint hat, mit Recht als ungeklärt. Der richtigen Lösung nähert man sich mit der Überlegung, daß hinsichtlich der „Mutterfigur“, dem Anwartschaftsrecht des Erwerbers aus erklärter Auflassung und gestelltem Eintragungsantrag, der BGH der Stellung des Eintragungsantrags durch den *Erwerber* die entscheidende Bedeutung beigemessen hat⁶⁴. Er geht offenbar davon aus, daß eine gesicherte Rechtsposition des Erwerbers, die der Veräußerer nicht mehr durch eine einseitige Erklärung — oder durch das Unterlassen einer Erklärung⁶⁵ — zu zerstören vermag, erst dann entsteht, wenn auch alle zum Rechtserwerb erforderlichen Verfahrenserklärungen in einseitig durch den Veräußerer nicht mehr rücknehmbarer Weise vorliegen. Ein Anwartschaftsrecht des Erwerbers entsteht somit, sofern ein Eigentumsumschreibungsantrag des Erwerbers oder eine für ihn eingetragene Auflassungsvormerkung vorliegen, erst aus einer nach § 873 Abs. 2 BGB bindend gewordenen Auflassung *und* einer nach den Grundsätzen des Verfahrensrechts unwiderruflich gewordenen Eintragungsbewilligung.

Aus dem materiellen Recht läßt sich dieses Ergebnis damit begründen, daß der Verkäufer, der zwar die Auflassung erklärt, die Eintragungsbewilligung aber zurückhält, noch nicht alle ihm obliegenden Leistungshandlungen vorgenommen hat, die der Erwerber von ihm benötigt, damit das Grundbuchamt ihn als Eigentümer eintragen darf.

Wegen der ungeklärten Rechtslage erscheint es opportun, die Beteiligten in der notariellen Kaufvertragsurkunde im Anschluß an die ausdrückliche Erklärung, daß die Auflassung die Bewilligung der Eigentumsumschreibung nicht enthalte, erklären zu lassen, daß daher ein Anwartschaftsrecht nach ihrem Willen nicht entstehen solle. Eine solche Erklärung ist noch dazu konsequent, wenn man die Beteiligten — wie oben vorgeschlagen — auch noch erklären läßt,

⁶² Vgl. *Stöber*, (Fn. 43), Rdnr. 2066 (dort Fn. 30); KEHE/Ertl, Einl. M Rdnr. 4; ohne Berücksichtigung des BGH-Beschlusses hält jedoch z. B. *Palandt/Bassenge*, § 925 BGB Rdnr. 21, an seiner bisherigen Auffassung von der Übertragbarkeit und Pfändbarkeit der „schlichten“ Anwartschaft fest.

⁶³ KEHE/Ertl, Einl. M Rdnr. 4, 7, 21.

⁶⁴ BGH, Beschluß vom 18.12.1967 — V ZB 6/67 — BGHZ 49, 197, 200.

⁶⁵ In der grundlegenden Entscheidung des BGH, Urteil vom 5.1.1955 — IV ZR 154/54 — NJW 1955, 544 = LM § 15 KO Nr. 1, in der er diese von ihm ständig verwendete Formel schuf, hat der BGH gerade auf diese Ergänzung gegenüber der Formulierung von *Westermann* (Sachenrecht, 2. Aufl., § 5 III 3a) besonderen Wert gelegt. Den Zusatz hat der BGH in späteren Entscheidungen nicht stets aufgegriffen, vielleicht weil es sprachlich unkorrekt ist zu sagen, durch das Unterlassen einer Erklärung könne eine Rechtsposition *zerstört* werden. Gemeint kann nur sein, daß der BGH entsprechend seiner Tendenz, den Begriff nicht eine unbegrenzte Ausweitung erfahren zu lassen, ein Anwartschaftsrecht noch nicht *entstehen* lassen will, solange noch eine zum Rechtserwerb erforderliche Erklärung des Veräußerers fehlt.

zur Weiterveräußerung bedürfe der Erwerber der ausdrücklichen Zustimmung des Veräußerers. Es ist schwerlich vorstellbar, daß ein Gericht einem solchen ausdrücklichen Willen der Vertragsparteien die Anerkennung versagt. Mit der Verhinderung der Entstehung eines Anwartschaftsrechts hat man auch die Formprobleme, welche der BGH im Urteil vom 30.4.1982⁶⁶ mehr schafft als löst, ausgeschaltet.

g) Rechtslage bei Vorbehalt der Eigentumsumschreibung

Demgegenüber ist die Rechtslage hinsichtlich eines etwa entstehenden Anwartschaftsrechts bei Verwendung der allgemeinen Vorlagesperre unklar: *Ertl*⁶⁷ führt zwar aus, daß derjenige, der die Bewilligung zu den Eintragungsvoraussetzungen rechnet und berücksichtigt, daß die Bewilligung dem Grundbuchamt nachgewiesen werden muß, von einem verkehrsfähigen Recht nicht sprechen könne, wenn der Veräußerer zwar die Auflassung und Bewilligung erklärt habe, aber dem Auflassungsempfänger die zur Grundbucheintragung notwendige Urkunde vorenthalten könne. Problematisch ist jedoch, ob nicht der Pfändungsgläubiger des Anwartschaftsrechts gem. § 792 ZPO eine Ausfertigung der Urkunde, welche auch die Auflassung enthält, verlangen kann, um die Pfändung des Anwartschaftsrechts im Grundbuch bei der eingetragenen Auflassungsvormerkung vermerken zu lassen⁶⁸. § 792 ZPO läßt sich nicht nur so lesen, daß dem Gläubiger nur die Urkunden zustehen, welche auch dem Pfändungsschuldner aufgrund der Vereinbarung mit seinem Vertragspartner und des zulässigen teilweisen Verzichts gegenüber dem Notar nach § 51 Abs. 2 BeurkG tatsächlich verlangen kann. Eine Interpretation der Vorschrift dahin, daß der Pfändungsgläubiger diejenigen Urkunden beanspruchen kann, auf die der Pfändungsschuldner nach dem Gesetz Anspruch hat, ist zwanglos möglich und liegt meines Erachtens nach dem Zweck der Vorschrift sogar nahe⁶⁹. Man wende dagegen nicht ein, der Pfändungsgläubiger könne niemals mehr Recht haben als der Pfändungsschuldner. Ein solcher allgemeiner Satz des Vollstreckungsrechts existiert nicht, wie ein Blick in die Vorschrift des § 851 Abs. 2 ZPO beweist. Daß der Drittschuldner zur Abgabe der Bestätigungserklärung nur verpflichtet ist, wenn er die Gegenleistung erhalten hat, und dies auch dem die Eigentumsumschreibung betreibenden Pfändungsgläubiger entgegenhalten kann, liegt auf der schuldrechtlichen Ebene und besagt für die Entstehung eines Anwartschaftsrechts nichts.

In puncto Entstehung eines Anwartschaftsrechts hat die *Ertl*'sche Vorlagesperre zumindest den Vorteil der größeren Rechtsklarheit zu verzeichnen.

2. Verhinderung der formfreien Vertragsänderung

Problematisch an jeder Erklärung der Auflassung vor vollständiger Abwicklung des Kaufvertrags ist die ständige

⁶⁶ BGHZ 83, 395 ff.; kritisch zu dieser Entscheidung vor allem *Reinicke/Tiedtke* (Fn. 32) mit der allerdings eher befremdlichen Empfehlung (S. 2288), zur Umgehung des durch dieses Urteils geschaffenen Formzwangs zunächst das entstandene Anwartschaftsrecht durch Rücknahme des Eintragungsantrags bzw. Aufhebung der Vormerkung zu vernichten und alsdann den Vertrag samt Auflassung formlos aufzuheben; ferner *Lehmann*, DNotZ 1987, 142 ff. und neuerdings *Pohlmann*, DNotZ 1993, 355 ff.

⁶⁷ KEHE/*Ertl*, Einl. M Rdnr. 7.

⁶⁸ Mit Recht kritisch zur herrschenden Meinung, welche die Eintragung der Pfändung des Anwartschaftsrechts bei der Vormerkung zuläßt, KEHE/*Ertl*, Einl. M Rdnr. 29.

⁶⁹ Die Kommentare zur ZPO befassen sich mit der Frage nicht.

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes⁷⁰ zur zeitlichen Schranke der Geltung des § 313 BGB, welcher sich das Bayerische Oberste Landesgericht⁷¹ angeschlossen hat. Gemäß dem Urteil des BGH vom 28.9.1984⁷² sollen Grundstückskaufverträge auch nach der Neufassung des § 313 BGB durch das Gesetz vom 30.5.1973 nach der Auflassung aber noch vor Eigentumsumschreibung formlos geändert werden können. Die Bedeutung der Entscheidung liegt vor allem darin, daß in dem ihr zugrundeliegenden Sachverhalt die Beteiligten die Auflassung erklärt, jedoch den Notar angewiesen hatte, die Eigentumsumschreibung erst zu beantragen, wenn die Zahlung des gesamten Kaufpreises bestätigt oder nachgewiesen war, und der Bundesgerichtshof letzterem Umstand für die Form des Abänderungsvertrages keine Bedeutung beigemessen hat. Der Bundesgerichtshof hat seine Entscheidung namentlich mit dem Kontinuitätsinteresse an einer seit dem Reichsgericht bestehenden feststehenden Rechtsprechung begründet, findet aber in der Kommentarliteratur zu § 313 BGB kaum noch Gefolgschaft⁷³. Namentlich *Kanzleiter*⁷⁴ hat dargelegt, daß an einer sachlich verfehlten Rechtsprechung gerade kein Kontinuitätsinteresse besteht.

Die sachliche Begründung dieser Rechtsprechung steht und fällt mit ihrer These, daß die Verpflichtung zur Eigentumsumschreibung mit Erklärung der Auflassung in vollem Umfang erfüllt ist, weswegen auch der gesetzgeberische Grund des § 313 BGB, den Veräußerer vor übereilten Entschlüssen zu bewahren und ihm die Bedeutung des Rechtsgeschäftes zum Bewußtsein zu bringen, entfalle.

*Kanzleiter*⁷⁵ hat bereits ausgeführt, daß auch bei Verwendung anderer Verkäufersicherstellungen als der der Zurückstellung der Auflassung bis zum Kaufpreiserhalt der Schutzzweck des § 313 bis zur Eigentumsumschreibung greift, weil der Verkäufer nicht zur Erklärung der Auflassung, sondern Eigentumsverschaffung schuldet und ihn auch nach Erklärung der Auflassung noch Mitwirkungspflichten hinsichtlich der Ausräumung von Vollzugshindernissen treffen. Seine Argumente gewinnen bei Verwendung der *Ertl*'schen Vorlagesperre noch mehr an Überzeugungskraft: Der Veräußerer schuldet ja noch die Erbringung einer Leistungshandlung, nämlich die Abgabe der Bewilligungserklärung, so daß er noch nicht einmal allen ihm obliegenden Leistungshandlungspflichten nachgekommen ist⁷⁶.

Man muß jedoch für die Rechtspraxis davon ausgehen, daß der Bundesgerichtshof sich auch weiterhin über die berech-

⁷⁰ BGH NJW 1971, 1450; BGH WM 1972, 556, 557; BGH NJW 1973, 37; BGH WM 1973, 576; BGH NJW 1985, 266.

⁷¹ BayObLG, Beschluß vom 20.11.1986 — BReg. 3 Z 107/86 —, BB 1987, 711, 712.

⁷² NJW 1985, 266 = DNotZ 1985, 284 mit ablehnender Anmerkung *Kanzleiter* = MittBayNot 1984, 274.

⁷³ ablehnend vor allem *Staudinger/Wufka*, § 313 Rdnr. 157; Münch-Komm/*Kanzleiter*, § 313 Rdnr. 48; *Soergel/Wolf*, § 313 Rdnr. 85; ablehnend namentlich auch *Korte*, Handbuch der Beurkundung von Grundstücksgeschäften 1990 (im folgenden *Korte*, Hdb § 313 BGB), Rdnr. 222 m. w. N. in Fn. 339; dem BGH folgt weiterhin *Palandt/Heinrichs*, § 313 BGB Rdnr. 44. Zweifel an der Richtigkeit der Auffassung des BGH meldet auch das LG Limburg, MittBayNot 1986, 123 an.

⁷⁴ Urteilsanmerkung zu BGH DNotZ 1985, 284, ebenda 285 ff.

⁷⁵ siehe Fn. 74 und Fn. 77a.

⁷⁶ Auch an dieser Stelle bringt die Unsicherheit hinsichtlich der Frage, wann der Grundstückskaufvertrag vom Verkäufer erfüllt ist, Folgeprobleme mit sich: Die in sich widersprüchliche Rechtsprechung des BGH ist dargestellt bei *Korte*, Hdb § 313 BGB, Rdnr. 222 (dort Fn. 338).

tigte Kritik an seiner Rechtsprechung hinwegsetzen wird⁷⁷. Die Aufnahme einer Erklärung der Beteiligten, daß sie selbst die zeitliche Grenze der formfreien Änderungsmöglichkeit auf den Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung hinauschieben wollen, erscheint gleichwohl nicht angemessen. Eine solche Erklärung wäre wohl nur als gewillkürtes Formerfordernis zu werten, bei dessen Nichteinhaltung eine stillschweigende Aufhebung des Formerfordernisses angenommen werden könnte, und ist daher nur geeignet, „schlafende Hunde zu wecken“.

Der Nachteil der *Ertl'schen* wie der allgemeinen Vorlage Sperre gegenüber der Aussetzung der Auflassung ist — solange der BGH an seiner Meinung festhält — in diesem Punkt nicht behebbar und muß jedem ihrer Verwender bewußt sein^{77a}. Besteht für den vertragsgestaltenden Notar ein berechtigter Anlaß zu der Vermutung, eine Vertragspartei könnte die Formfreiheit der Abänderungsmöglichkeit für sich ausnützen, so soll er den Beteiligten empfehlen, die Auflassung auszusetzen.

D) Die Form der Bewilligungserklärung

Zur Form der Eintragungsbewilligung kann hinsichtlich der Möglichkeit der Erstellung einer notariellen Eigenurkunde auf die detaillierten Ausführungen von *Behmer*⁷⁸ verwiesen werden. In diesem Punkt sind seit Erscheinen seiner Abhandlung keine neuen Erkenntnisse veröffentlicht worden⁷⁹. Die Erklärung der Bewilligung zu notarieller Eigenurkunde ist meines Erachtens der anderen Möglichkeit, eine bereits vom Veräußerer bei der Beurkundung gesondert erklärten Bewilligungserklärung, welche der Notar treuhänderisch bis zu seiner Erklärung, der Kaufpreis sei bezahlt, aufbewahren soll, überlegen. Zwar dürfte auch im letzteren Fall davon auszugehen sein, daß die Erklärung im Rechtssinne noch nicht abgegeben ist, weil sie noch nicht mit Willen des Erklärenden in Richtung auf die entsprechenden Erklärungsempfänger (Grundbuchamt, Erwerber) „in Marsch gesetzt wurde“. Gerät die Bewilligungserklärung jedoch versehentlich vorzeitig in die Verfügungsgewalt eines ihrer denkbaren Empfänger, kann der Veräußerer eventuell unter dem Gesichtspunkt der „Erklärungshaftung“ (einem Sonderfall der Vertrauenshaftung) an ihr festgehalten werden mit entsprechenden haftungsrechtlichen Konsequenzen für den Notar.

E. Der Vorschlag von Schmidt: Ausfertigungssperre

Der in seiner Einfachheit bestechende Vorschlag *Schmidts*⁸⁰, dem Käufer nur keine Ausfertigung zu erteilen, bis bezahlt ist, kann an dieser Stelle deswegen nur kurz

behandelt werden, weil er von *Schmidt* (sicherlich nur aus Raumgründen) nur damit begründet wurde, daß der Käufer allein mit beglaubigten Abschriften, die auch die Auflassung enthalten, keinen Vollzug bewirken kann. Diese richtige Aussage, für die sich *Schmidt* zu Recht auf *Haegel/Schöner/Stöber*⁸¹ stützt, muß aber in ihren Zusammenhang gestellt werden, um die *Schmidt'sche* Lösung richtig zu würdigen. Sie hat ihre Rechtfertigung darin, daß die (abgegebene) Eintragungsbewilligung wirksam sein muß, damit sie vom Grundbuchamt als Eintragungsgrundlage verwendet werden darf, und beruht daher auf der verfahrensrechtlichen Meinung zur Eintragungsbewilligung. Danach wird die Bewilligung (die nach herrschender Meinung in der Erklärung der Auflassung ja enthalten sein kann) auch dann wirksam, wenn dem Berechtigten ein unentziehbarer gesetzlicher Anspruch auf Ausfertigung der Urkunde zusteht⁸². Zur Absicherung des *Schmidt'schen* Weges müßte daher wohl ein — beschränkter — Ausfertigungsverzicht des Erwerbers in der Urkunde enthalten sein.

Ein weiteres kommt hinzu: Die Bewilligung kann auch dadurch wirksam geworden sein, daß der Bewilligende selbst sie durch den Notar dem Grundbuchamt vorlegt. Der Notar aber legt im Regelfall die Urkunde nach § 15 GBO vor, stellt also die Anträge im Namen aller Beteiligten. Zwar ist § 15 GBO auf die Bewilligung nicht entsprechend anzuwenden. Es ist jedoch davon auszugehen, daß der nach § 15 GBO zur Eintragung der Vormerkung vorlegende Notar die Urkunde bzw. deren beglaubigte Abschrift mit Willen aller Beteiligten dem Grundbuchamt vorlegt. In der vorgelegten beglaubigten Abschrift wäre aber die Auflassung enthalten und damit die in ihr enthaltene Bewilligung, die damit durch Vorlage beim Grundbuchamt wirksam geworden wäre. Die Verknüpfung der Bewilligungserklärung mit einem entsprechenden Beteiligtenantrag des Bewilligenden (sei er selbst gestellt, sei es ein Antrag des Notars nach § 15 GBO) ist nämlich nicht Voraussetzung des Wirksamwerdens. Man müßte ergo entweder aus der dem Grundbuchamt vorgelegten beglaubigten Abschrift die Auflassung herauslassen oder in das Anschreiben die Erklärung aufnehmen, daß die in der Erklärung der Auflassung enthaltene Bewilligung nicht durch Vorlage beim Grundbuchamt wirksam werden solle.

Dies ist aus anderen Gründen auch dann empfehlenswert, wenn hinsichtlich der miterklärten Auflassung Beteiligtenanträge in der Urkunde enthalten sind. Auch wenn der Notar bei der Vorlage zur Eintragung der Vormerkung den Antrag ausdrücklich nur im Namen des Erwerbers stellt, liegen nach zu recht bestrittener⁸³, aber immer noch geltender Auffassung der Rechtsprechung⁸⁴ daneben Anträge der Beteiligten vor, die sich m. E. nicht zweifelsfrei durch die Erklärung im Vorlageschreiben „Eigene Anträge der Beteiligten sind weder gestellt noch wiederholt“ ausräumen lassen.

Gegenüber diesen Anforderungen scheint mir die ausdrückliche Aussetzung der Bewilligung letztlich doch der einfachere Weg zu sein.

⁷⁷ Vgl. die Warnung von *Korte*, Hdb § 313 BGB, Rdnr. 223.

^{77a} Vgl. den mahnenden Hinweis von *Kanzleiter*, DNotZ 1993, 414, 415.

⁷⁸ (Fn. 2), 307 f. mit zahlreichen Nachweisen. Grundlegend zur notariellen Eigenurkunde *Reithmann*, Allgemeines Urkundenrecht 1972, S. 27 ff.; zur Eintragungsbewilligung in Form der Eigenurkunde S. 29 ff.

⁷⁹ Die Ausführungen von *Reithmann* in seiner Schrift „Vorsorgende Rechtspflege durch Notare und Gerichte“, 1989, S. 88–91, gehen in diesem Punkt über seine Erkenntnisse im „Allgemeinen Urkundenrecht“ (siehe Fn. 78) nicht hinaus. Die notarielle Eigenurkunde hat sich zwischenzeitlich im Rechtsverkehr durchgesetzt; die Erklärung der Bewilligung der Eigentumsumschreibung durch notarielle Eigenurkunde wird sogar als Paradigma für die Zulässigkeit dieser Eigenurkunde ins Feld geführt, vgl. *Haegel/Schöner/Stöber* Rdnr. 164.

⁸⁰ vgl. Fn. 10.

⁸¹ Rdnr. 171.

⁸² *KEHE/Ertl*, § 19 Rdnr. 173, 181 m. w. N.

⁸³ *Eickmann* (Fn. 18), 5. Kap. § 2 V.2; *KEHE/Herrmann*, § 15 Rdnr. 21 f.

⁸⁴ Vgl. die Nachweise bei *Rademacher* (Fn. 18), 87 (dort Fn. 86) und *Horber/Demharter*, § 31 Anm. 5 c).

F) Ergebnis, Formulierungsvorschläge

I. Ergebnis

Der Vorbehalt der Eigentumsumschreibung in der Weise, daß in der Urkunde nur die Auflassung erklärt, aber die Eintragung nicht bewilligt und nicht beantragt wird, verbunden mit einer Vollmacht an den Notar zur Bewilligung und Antragstellung mit der Weisung, von der Vollmacht erst nach Bestätigung des Veräußerers über den Empfang der Gegenleistung Gebrauch zu machen, stellt das *für den Regelfall* geeignete Mittel zur Sicherung des Grundstücksverkäufers gegen den Verlust seines Eigentums vor Erhalt der Gegenleistung dar.

Mit ihm können durch Abgabe begleitender Parteierklärungen Ergebnisse erzielt werden, die mit dem anerkannt sichersten Weg für den Veräußerer, dem der Aussetzung der Auflassung selbst, konkurrieren können.

II. Formulierungsvorschlag

Auflassung

Die Vertragsteile sind über den Eigentumsübergang auf den Erwerber einig, auf mehrere im angegebenen Anteilsverhältnis. Eine Bewilligung der Eigentumsumschreibung wird heute jedoch nicht erklärt; sie ist in der Erklärung der Auflassung auch nicht enthalten. Eine selbständige verkehrsfähige Rechtsposition, kraft derer der Erwerber bereits vor Eigentumsumschreibung auf ihn den heutigen Vertragsgegenstand aus eigenem Recht an Dritte weiterveräußern könnte, soll daher nicht entstehen. Der Erwerber bedarf vielmehr zur Weiterveräußerung der ausdrücklichen Zustimmung des Veräußerers.

Der amtierende Notar wird von den Vertragsteilen bevollmächtigt, die Eigentumsumschreibung namens des Veräußerers zu bewilligen und die Eintragung der Rechtsänderung namens eines oder aller Beteiligten in das Grundbuch zu beantragen. Von dieser Ermächtigung darf der Notar jedoch nur Gebrauch machen, wenn ihm die vollständige Erbringung der Gegenleistung durch eine schriftliche Bestätigung des Veräußerers nachgewiesen ist.

Bewilligung der Eigentumsumschreibung

Mit Urkunde des Notars N. in X-Stadt vom ... UR.Nr. ... ist die Auflassung folgenden Grundbesitzes erklärt, aber ihre Eintragung im Grundbuch nicht bewilligt worden.
(Folgt Grundbesitzbezeichnung)

Ich, der unterfertigte Notar, stelle hiermit fest, daß der Veräußerer mir die vollständige Erbringung der Gegenleistung bestätigt hat.

Ich bewillige daher aufgrund der mir in der vorgenannten Urkunde erteilten Vollmacht namens des Veräußerers und beantrage daher namens des Erwerbers/Veräußerers (je nach Kostentragungspflicht für die Grundbuchkosten laut Erwerbsvertrag) den Vollzug der Auflassung im Grundbuch.

II. Kurze Beiträge

Gaststättenkauf und Verbraucherkreditgesetz

von Notar Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen

Die beim Grundstückskauf mitunter auftretenden Probleme der §§ 419 und 613 a BGB sind zwischenzeitlich, wenn auch nicht immer präsent, so doch bekannt. Neue „Fallen“ für die Beteiligten und den beurkundenden Notar hat die Rechtsprechung zum Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16.5.1894 bereitgehalten. Verkaufte jemand eine Gaststätte und übernahm der Erwerber den Bierlieferungsvertrag, so handelte es sich um einen Fall des § 1 c AbzG¹. Zwar war das Abzahlungsgesetz nur beim Verkauf von beweglichen Sachen, nicht jedoch auf Grundstückskaufverträge und auf die Veräußerung eines Unternehmens als eines Inbegriffs von Rechts- und Sachgesamtheiten anwendbar, dennoch tendierten die Gerichte dazu, beim Grundstückskauf, der mit der Übernahme einer Verpflichtung zum wiederkehrenden Erwerb oder Bezug von Sachen verbunden war, zu den Vorschriften dieses Gesetzes zu gelangen².

Mögen inzwischen die Tücken der Bierlieferungsverträge bekannt gewesen sein, so dachte beim Kaufvertrag über eine Metzgerei mit Verpflichtung zum Bezug von Wurstwaren, beim Kauf eines Ferienhauses mit Bezug von Flüssiggas³ und beim Verkauf eines Hauses mit einer Rechtsanwaltskanzlei mit der Verpflichtung, die NJW weiter zu abonnieren, wohl jeder (ehrliche) Beteiligte nicht zuerst an das Abzahlungsgesetz.

Entblieb unter der Ägide des Abzahlungsgesetzes die nach § 1 AbzG erforderliche Belehrung über das Widerrufsrecht, blieben der Kaufvertrag und das damit verbundene Geschäft vorerst schwebend unwirksam (§ 1 b Abs. 1 AbzG). Kaufvertrag und verbundene Verpflichtung waren regelmäßig als wirtschaftlich einheitlicher Vorgang gedacht. Die Belehrung über das Widerrufsrecht mußte sich sowohl auf den Kaufvertrag als auch auf die Vertragsübernahme hinsichtlich der Verpflichtung zum wiederkehrenden Bezug von Sachen erstrecken⁴. Erfolgte die Belehrung über das Wider-

rufsrecht nicht oder nicht ordnungsgemäß, trat im Regelfall auch keine Verwirkung des Widerrufsrechts ein⁵.

Wer hoffte, das am 01.01.1991 in Kraft getretene Verbraucherkreditgesetz (VerbrKrG), das das Abzahlungsgesetz in vollem Umfang ersetzt hat, hätte als gesetzgeberische Neuerung alle diesbezüglichen Probleme gelöst, muß sich eines Besseren belehren lassen. Langenfeld gebührt das Verdienst, in der 3. Auflage des Münchener Vertragshandbuchs, Band IV, 1. Halbband unter Ziffer I.4. ein Muster für den Kauf einer Gaststätte mit Übernahme einer Bierbezugsverpflichtung und eines Brauereidarlehens, das grundbuchmäßig durch eine Buchgrundschuld zugunsten der Brauerei abgesichert ist, entworfen zu haben. Hierzu sollen im Folgenden nur einige Hinweise auf die drei verschiedenen auftretenden Fallkonstellationen gegeben werden.

1. Gaststättenkauf mit Übernahme der Bierbezugsverpflichtung

Gerade in Fremdenverkehrsgebieten handelt es sich um einen alltäglichen Fall, wenn eine Pension samt Gaststätte verkauft und dabei ein Bierlieferungs- bzw. Getränkebezugsvertrag vom Erwerber übernommen wird. § 2 Nr. 3 VerbrKrG entspricht im Wortlaut der bereits zitierten Bestimmung des § 1 b Abs. 1 AbzG. Daß auch hier Bierlieferungsverträge in den Anwendungsbereich der Norm fallen, dürfte nach den obigen Ausführungen nicht mehr zweifelhaft sein⁶. Es bleibt dabei: „Auch der mit einem Grundstückskauf gekoppelte Bierbezugsvertrag unterfällt § 2 Nr. 3“⁷. Allerdings sind die von § 2 VerbrKrG erfaßten Verträge nicht uneingeschränkt allen Bestimmungen dieses Gesetzes unterworfen, weil § 2 nur auf die analoge Anwendbarkeit einzelner Vorschriften des Gesetzes verweist. Dies ergibt sich eindeutig aus dem Eingangshalbsatz des § 2 VerbrKrG, der eine entsprechende Geltung nur für bestimmte, die Schriftform und den Widerruf betreffende Vorschriften des Verbraucherkreditgesetzes anordnet⁸.

¹ OLG München, NJW-RR 1986, 150; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1988, 948; OLG Frankfurt, DB 1991, 1769 sowie BGH, NJW 1986, 1679 u. NJW-RR 1993, 243. Vgl. auch *Palandt/Putzo*, BGB, 49. Aufl., § 1 c AbzG Anm. 2 c sowie nunmehr BGH NJW-RR 1993, 562 = DB 1993, 1512.

² Vgl. BGHZ 97, 127 u. 351.

³ Ohne Leitungen, da sonst die AVBGas einschlägig gewesen wäre (vgl. BGH, NJW-RR 1988, 1322).

⁴ S. nur BGH, NJW 1987, 1698; OLG Hamm, NJW-RR 1989, 369; OLG Frankfurt, NJW-RR 1993, 880 u. OLG Düsseldorf, NJW 1993, 741. Zu weiteren Anforderungen hinsichtlich der Belehrung s. BGH, NJW-RR 1993, 562; NJW 1993, 1912 u. NJW 1993, 1013.

⁵ MünchKommUlmer, 2. Aufl., § 1 b AbzG Rdnr. 26. Zur Verwirkung s. LG Trier, NJW 1993, 2121.

⁶ Vgl. nur MünchKommUlmer/Habersack, § 2 VerbrKrG Rdnr. 27 sowie von *Westphalen/Emmerich/Kessler*, VerbrKrG § 2 Rdnr. 24. Zu weiteren Beispielen s. nur *Bülow*, NJW 1993, 1617.

⁷ von *Westphalen/Emmerich/Kessler*, ebenda; vgl. ferner *Seibert*, VerbrKrG 1991, Anm. zu § 2. A. A. *Vortmann*, VerbrKrG, 1991, § 2 Rdnr. 3, da es sich um Verträge des Verbrauchers zum Zwecke der Berufsausübung i. S. v. § 1 Abs. 1 VerbrKrG handelt. Allerdings wird es sich im Regelfall um keine bereits ausgeübte gewerbliche Tätigkeit handeln, so daß der h. M. zuzustimmen ist.

⁸ Vgl. nur *Münstermann/Heennes*, VerbrKrG, 1991, Rdnr. 133.

Schwierig und mit weitreichenden Konsequenzen verbunden ist die Antwort auf die Frage, ob der Tatbestand des „verbundenen Geschäfts“ gem. § 9 VerbrKrG auch im Rahmen von § 2 VerbrKrG Anwendung findet. Konsequenz wäre, daß die auf den Abschluß des verbundenen Grundstückskaufvertrages gerichtete Willenserklärung des Erwerbers erst dann wirksam würde, wenn dieser seine auf den Abschluß des Bierlieferungsvertrages gerichtete Willenserklärung nicht gem. § 7 Abs. 1 VerbrKrG widerrufen würde. Dabei müßte die nach § 7 Abs. 2 Satz 2 VerbrKrG erforderliche Belehrung über das Widerrufsrecht auch den Hinweis enthalten, daß im Falle des Widerrufs nicht nur der Bierlieferungsvertrag, sondern auch der verbundene Grundstückskauf nicht wirksam zustande käme. Die Anwendung des § 9 VerbrKrG im Rahmen von § 2 VerbrKrG setzt jedoch nach dem eindeutigen Wortlaut voraus, daß die in § 2 VerbrKrG bezeichneten Verträge mit einem Kreditvertrag gekoppelt werden. § 9 VerbrKrG greift somit in den hier behandelten Fällen nur ein, wenn in Verbindung mit einem Bierlieferungsvertrag ein Darlehensvertrag geschlossen wird, der mit jenem eine wirtschaftliche Einheit bildet⁹. Dies bedeutet aber gleichzeitig, daß im Rahmen von § 2 VerbrKrG die Vorschrift des § 9 VerbrKrG keine entsprechende Anwendung findet¹⁰.

Ergebnis: In dem hier zu beurteilenden Fall, Kauf einer Gaststätte mit Übernahme der Bierbezugsverpflichtung ohne Brauereidarlehen, kann nur die Übernahme der Bierbezugsverpflichtung gem. § 7 VerbrKrG widerrufen werden. Da der Verkäufer „als künftiger Privatmann“ kaum Verwendung für das somit weiterhin von ihm abzunehmende Bier hat, sollte im Kaufvertrag für den Fall der Nichtgenehmigung der Übernahme der Bezugsverpflichtung oder den Widerruf durch den Käufer ein Rücktrittsrecht vom Vertrag vorgesehen werden oder die Unwirksamkeit des Vertrages eintreten. Hinsichtlich des Widerrufsrechtes des Erwerbers bezüglich der Übernahme der Bierbezugsverpflichtung ist in einer gesonderten Belehrung, die auch gesondert unterschrieben werden sollte, darauf hinzuweisen, daß der Eintritt in den Bierlieferungsvertrag innerhalb einer Frist von einer Woche schriftlich widerrufen werden kann, wobei die rechtzeitige Absendung des Widerrufs genügt¹¹.

2. Gaststättenkauf mit Übernahme einer Bierbezugsverpflichtung und eines Brauereidarlehens, das durch ein Grundpfandrecht grundbuchmäßig abgesichert ist

Wird in einem Gaststättenkauf neben der Übernahme einer Bierbezugsverpflichtung auch das dazugehörige Brauereidarlehen in Anrechnung auf den Kaufpreis mit schuldbefreiender Wirkung durch den Käufer übernommen, so treten keine Probleme auf, wenn das Darlehen durch ein Grundpfandrecht abgesichert ist¹².

In diesem Fall sind zwar sämtliche Voraussetzungen der Bestimmung des § 9 VerbrKrG erfüllt, jedoch finden nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG u. a. die §§ 7 und 9 VerbrKrG auf Kreditverträge keine Anwendung, nach denen der Kredit von der Sicherung durch ein Grundpfandrecht abhängig gemacht und für grundpfandrechtl. abgesicherte Kredite üblichen

Bedingungen gewährt wird¹³. Zweck dieser Vorschrift ist es, diejenigen Kredite von den Vorschriften des VerbrKrG auszunehmen, die aufgrund der besonderen Verhältnisse bei Realkrediten nicht unter die Vorschriften des VerbrKrG fallen sollen. Voraussetzung ist, daß der Kredit zu für grundpfandrechtl. abgesicherte Kredite üblichen Bedingungen gewährt wird. Dazu gehört die bei Realkrediten übliche, deutlich unter derjenigen von Personalkrediten liegende Zinshöhe sowie die lange Laufzeit des Realkredites. Sämtliche Bedingungen sind bei einem Brauereidarlehen regelmäßig erfüllt. Der Umstand, daß die Zinsen noch unter denjenigen für Realkredite liegen, kann aufgrund des Sinn und Zwecks der Vorschrift nicht zu deren Unanwendbarkeit führen.

Ergebnis: Wie im vorstehenden Fall ergeben sich aufgrund des VerbrKrG keine Besonderheiten. Jedoch sind die allgemeinen Sicherungen bei der Übernahme von Darlehen, die Notwendigkeit von Regelungen für den Fall der Nichtgenehmigung der Darlehensübernahme sowie der nicht wirksamen Übernahme der Bierbezugsverpflichtung zu beachten. Auf die Ausführungen in Ziffer 1. zu den Besonderheiten des VerbrKrG kann insoweit verwiesen werden.

3. Gaststättenkauf mit Übernahme einer Bierbezugsverpflichtung und eines Brauereidarlehens, das nicht durch ein Grundpfandrecht abgesichert ist

Schwierigkeiten bereitet der Fall, daß beim Gaststättenkauf eine Bierbezugsverpflichtung und ein Brauereidarlehen übernommen werden und die Brauerei auf eine grundbuchmäßige Absicherung verzichtet hat. Die naheliegendste Lösung wäre es, die Brauerei zu veranlassen, eine grundpfandmäßige Absicherung zu fordern, um damit sämtliche Probleme des VerbrKrG zu lösen. Die Beteiligten werden allerdings für diese „Lösung“ kaum Verständnis haben. Ebenso wenig werden sie begreifen, daß bei einer Brauerei, die von der Absicherung durch ein Grundpfandrecht absieht, wie dies Bausparkassen aufgrund Gesetzes zulässigerweise tun können¹⁴, der Schutz des VerbrKrG notwendig sein soll, wenn dies bei einer stärkeren Absicherung der Brauerei nicht der Fall ist.

Dogmatisch ist dieses naheliegende Ergebnis freilich nicht unbestritten. In Ziffer 1. wurde bereits ausgeführt, daß bei Übernahme eines Darlehensvertrages in Verbindung mit einem Bierlieferungsvertrag § 9 VerbrKrG eingreift. Dies hat zur Folge, daß sämtliche Bestimmungen des VerbrKrG anwendbar sind, wenn die Voraussetzungen eines verbundenen Geschäftes im Sinne von § 9 Abs. 1 VerbrKrG vorliegen und die Ausnahmeregelung von § 3 VerbrKrG nicht anwendbar ist. Folge ist, daß die in § 2 VerbrKrG bezeichneten Geschäfte dann die im Sinne von § 9 Abs. 1 VerbrKrG mit dem Kreditvertrag verbundenen Geschäfte darstellen, weil und soweit der Kredit der Finanzierung des Kaufpreises für wiederkehrende Leistungen gem. § 2 VerbrKrG dient¹⁵. Verbunden sind im Beispielfall somit der Darlehensvertrag und der Bierlieferungsvertrag, nicht jedoch der Grundstückskauf¹⁶. Dies ergibt sich aus dem eindeutigen Wort-

⁹ Ebenso MünchKommUlmer/Habersack, § 2 VerbrKrG Rdnr. 29.

¹⁰ Ebenso von Westphalen/Emmerich/Kessler, § 2 VerbrKrG Rdnr. 29, a. A. Vortmann, VerbrKrG, § 2 Rdnr. 15.

¹¹ Ebenso Langenfeld in Münchener Vertragshandbuch IV/1, 3. Aufl., Form. I.4 § 8 Abs. 5.

¹² So der Beispielfall von Langenfeld, a. a. O.

¹³ Vgl. zum ähnlichen Problem beim drittfinanzierten Immobilienwerb Habersack, ZHR 156 (1992), 45/51 f. sowie nach der Änderung des VerbrKrG (BGBl. I, 1993, S. 509) kurz Bülow, NJW 1993, 1617/1618 u. Drescher, WM 1993, 1445/1446.

¹⁴ Vgl. § 7 Abs. 3 bis 5 des Gesetzes über Bausparkassen (auf das in § 3 Abs. 2 Nr. 2 VerbrKrG ausdrücklich Bezug genommen wird).

¹⁵ von Westphalen/Emmerich/Kessler, § 2 Rdnr. 30.

¹⁶ A. A. offenbar Vortmann, § 2 Rdnr. 15.

laut von § 9 VerbrKrG¹⁷. Auch das vorstehende argumentum ad absurdum sowie der Sinn und Zweck des Verbraucher-Kreditgesetzes bestätigen diese Auslegung.

Ergebnis: Werden beim Gaststättenkauf eine Bierbezugsverpflichtung und ein Brauereidarlehen, das nicht durch ein Grundpfandrecht abgesichert ist, übernommen, so kann der Erwerber seine auf den Eintritt in den Darlehensvertrag gerichteten Erklärungen innerhalb einer Frist von einer Woche schriftlich widerrufen, wobei die rechtzeitige Absendung des Widerrufs genügt. Die auf die Übernahme des Bierlieferungsvertrags gerichtete Willenserklärung des Erwer-

bers wird erst wirksam, wenn er seine auf die Übernahme des Kreditvertrages gerichteten Willenserklärungen nicht gem. den Bestimmungen des VerbrKrG widerruft. Der Erwerber ist über seine Widerrufsmöglichkeit und deren Voraussetzungen getrennt zu belehren; die Belehrung hat den Hinweis zu enthalten, daß im Falle des Widerrufs auch der verbundene (übernommene) Bierlieferungsvertrag nicht wirksam zustande kommt¹⁸. Mit dem Widerruf des Eintritts in den Darlehensvertrag sollte auch der Kaufvertrag unwirksam werden; hierzu gelten die Ausführungen in Ziffer 1. entsprechend.

¹⁷ Wie hier auch MünchKommUlmer/Habersack, § 2 Rdnr. 29 a. E.

¹⁸ Dieser Fall wird von Langenfeld, a. a. O., nicht ausdrücklich behandelt.

Umbauten in Eigentumswohnanlagen und die Überbauvorschrift des § 912 Abs. 1 BGB

— zugleich Anmerkung zum Beschluß des BayObLG vom 5. 5. 1993 — 2 Z BR 115/92 —¹

von Notar a. D. Dr. Ludwig Röhl, Günzburg

Der Beschluß des BayObLG vom 5. 5. 1993 erscheint beim flüchtigen Durchlesen wenig erfreulich, nach eingehendem Studium zeigt sich jedoch, daß für die Praxis positive Gesichtspunkte vorhanden sind.

1) Der Überbau im Wohnungseigentum

Zur Erläuterung der analogen Anwendung der Überbauvorschriften der §§ 912 ff. BGB auf das Wohnungseigentum führe ich zum besseren Verständnis drei Beispiele an.

1. Beispiel:

Zunächst sei kurz die Rechtslage im ursprünglichen Anwendungsbereich des § 912 BGB erläutert: Ein Grundstückseigentümer baut eine Garage, die über die Grundstücksgrenze in das Nachbargrundstück hineinragt. Hierbei fällt ihm weder Vorsatz noch grobe Fahrlässigkeit zur Last. Der Nachbar muß den Überbau dulden, wenn er nicht vor oder sofort nach dem Überbau Widerspruch erhoben hat. Die Regelung der §§ 912 ff. BGB dient der Erhaltung wirtschaftlicher Werte und der Wahrung des Rechtsfriedens. Der BGH hat § 912 Abs. 1 BGB über den Gesetzeswortlaut hinaus ausgelegt. Nach der Rechtsprechung des BGH trifft diese Bestimmung auch zu, wenn der Überbau zwar vorsätzlich, aber mit Zustimmung des Nachbarn stattgefunden hat², ebenso wenn es sich um einen Eigengrenzüberbau handelt³, wenn also der Eigentümer zweier Grundstücke über die Grenze baut und später eines oder beide Grundstücke veräußert.

Was sind nun die sachenrechtlichen Folgen des Überbaus? Zunächst greift § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB ein, wonach der Überbau nicht in das Eigentum des Nachbarn fällt. Diese Bestimmung spricht aber nur eine negative Folge aus, eine positive Regelung wegen der Eigentumsverhältnisse am Überbau trifft sie nicht⁴. Diese ist in den §§ 93, 94 BGB enthalten. Das Eigentum am Stammgrundstück erstreckt sich auf das dort befindliche Bauwerk (§ 94 BGB). Das Mauerwerk des Überbaus ist aber Bestandteil dieses Gebäudes, es kann nicht ohne Zerstörung vom Mauerwerk des Stammgebäudes getrennt werden und teilt dessen rechtliches Schicksal auch

im Hinblick auf die Eigentumsverhältnisse (§ 93 BGB). Der Innenraum der Garage wird von diesem Mauerwerk umschlossen. Auch er ist ganz dem Eigentumsbereich des Stammgrundstücks zuzurechnen⁵. Allerdings besteht dieses Raumeigentum nur solange, wie das Gebäude besteht. Wird es abgerissen, so hat der Nachbar wieder unumschränktes Eigentum innerhalb seiner Grenzen. An den Eigentumsgrenzen des Grundstücks, wie sie sich aus dem Grundbuch und den Katasterunterlagen des Vermessungsamts ergeben, ändert sich durch den Überbau nichts. Das Eigentum erstreckt sich ja auch auf den Luftraum über und auf die Erde unter dem Überbau, soweit die Herrschaftsmacht des Eigentümers reicht (§ 905 BGB). Trotzdem ist das Eigentum des Bauherrn am Überbau echtes Eigentum, wenn auch räumlich und zeitlich begrenzt. Eine Grundbucheintragung kann sich aber hieran nicht anschließen. Etwas derartiges sieht das Gesetz nicht vor.

2. Beispiel:

Als Teil einer Eigentumswohnanlage wird eine Garage errichtet. Hierbei wird die Grundstücksgrenze überbaut. Es gelten hier die gleichen Grundsätze wie im 1. Beispiel. Die Mauern des Überbaus und der von ihnen umschlossene Raum sind eigentumsmäßig dem Stammgrundstück zuzurechnen, im übrigen verbleibt es aber bei der bisherigen Grundstücksgrenze.

Eine weitere Frage ist es, wie sich der Überbau innerhalb der Wohnungseigentümergeinschaft auswirkt. Zunächst sind die Umfassungsmauern der Garage dem Gemeinschaftseigentum zuzurechnen⁶. Was ist mit dem von ihnen umschlossenen Raum über dem Nachbargrundstück? Der Überbau war ja im Teilungsplan nicht vorgesehen. Soll nun, weil es so ist, dieser Raumteil dem gemeinschaftlichen Eigentum zufallen? Das wäre in keiner Weise sinnvoll. Niemand hätte davon einen Vorteil. Die Folge wären nur Unklarheit; denn die Herrschaftsmacht über diesen Raumteil muß letztlich doch dem Sondereigentümer der Garage verbleiben. Auch der vom Überbau umschlossene Raum gehört daher zum Sondereigentum⁷.

¹ In diesem Heft S. 287.

² BGH v. 22.2.74, NJW 1974, 794 = DNotZ 1974, 439; BGH v. 22.5.81, NJW 1982, 756 = DNotZ 1982, 43.

³ BGH v. 20.6.75, NJW 1975, 1553 = BGHZ 64, 333 = DNotZ 1976, 224.

⁴ Röhl MittBayNot 1983, 5.

⁵ BGH v. 22.5.81, NJW 1982, 756 = DNotZ 1982, 43.

⁶ BGH v. 3.4.68, NJW 1968, 1230 = BGHZ 50, 56.

⁷ Röhl MittBayNot 1983, 5; Demharter Rpfleger 1983, 133; Ludwig DNotZ 1983, 411; Ludwig BWNotZ 1984, 133; Weitnauer ZfBR 1982, 97; Brünger MittRhNotK 1987, 269.

3. Beispiel:

Innerhalb einer Eigentumswohnanlage wird eine Garage errichtet, an der laut Teilungsplan Sondereigentum bestehen soll. Sie wird aber um 30 cm länger gebaut als im Teilungsplan vorgesehen.

Die Situation ist nicht die gleiche wie in den beiden vorangeführten Beispielen. Sicher ist auf jeden Fall, daß die Mauern der Garage im gemeinschaftlichen Eigentum stehen.

Was gilt aber für das Eigentum an dem von den Mauern umschlossenen Raum, der sich außerhalb des Sondereigentumsbereichs laut Teilungsplan befindet? Das Wohnungseigentum ist anders strukturiert als das normale Grundstückseigentum. Das Gemeinschaftseigentum der Wohnanlage wird wie auch anderswo gegenüber den Nachbargrundstücken zweidimensional abgegrenzt durch die Katasterunterlagen des Vermessungsamts, dann aber auch dreidimensional im Raum über der Oberfläche und im Erdkörper darunter, jedoch nur soweit die Herrschaftsmacht des Eigentümers reicht (§ 905 BGB). Wegen der Abgrenzung zwischen Gemeinschaftseigentum und Sondereigentum tritt jedoch an Stelle der Katasterunterlagen der Teilungsplan (§ 7 Abs. 4 Nr. 1 WEG). Er kennt nicht nur eine, sondern mehrere Ebenen. Das Sondereigentum bildet mehrere dreidimensionale Inseln innerhalb des Gemeinschaftseigentums. Das alles schließt aber eine analoge Anwendung der Überbauvorschriften nicht aus. Im Gegenteil, das Gebot der besonderen gegenseitigen Rücksichtnahme innerhalb der Wohnungseigentümergeinschaft erfordert erst recht die Duldung eines Überbaus, mehr noch als zwischen Grundstücksnachbarn⁸. Das gleiche gilt auch für die Anerkennung von Sondereigentum innerhalb des Überbaus. Was sollte es für einen Sinn haben, den Raum über einem schmalen Streifen innerhalb der Garage dem Gemeinschaftseigentum zuzuordnen, nachdem ja die tatsächliche Herrschaftsgewalt doch dem Sondereigentümer zusteht? Von einem Mißbrauch kann man solange nicht sprechen, wie die Voraussetzungen für den Überbau nach § 912 Abs. 1 BGB eingehalten wurden. Innerhalb des Überbaus entsteht also genauso wie im ursprünglichen Anwendungsbereich dieser Bestimmung neues Eigentum, hier Sondereigentum⁹. Anders als im ursprünglichen Bereich des § 912 BGB kommt es hier zu einer echten Grenzverschiebung (zwischen Gemeinschafts- und Sondereigentum). Die Interessenlage bleibt aber gleich.

Das wäre auch nicht anders, wenn der Überbau innerhalb eines Gebäudes stattfinden würde, etwa wenn das Penthouse einen Teil der Dachterrasse überdeckt, die im Teilungsplan dem Gemeinschaftseigentum zugeordnet ist.

Eine andere Frage ist es, ob im Anschluß an einen solchen Überbau eine Grundbuchberichtigung stattfinden kann. Diese Frage ist wegen der echten Grenzverschiebung zu bejahen. Die Grundbuchberichtigung bringt Schwierigkeiten hinsichtlich des Nachweises durch öffentliche oder notariell beglaubigte Urkunden nach § 29 GBO. Grundsätzlich wäre dazu die Vorlage eines neuen Teilungsplanes nebst Abgeschlossenheitsbescheinigung nach § 7 Abs. 4 Nr. 1 WEG notwendig (auch zum Nachweis der Übereinstimmung mit der Gestattung in der Gemeinschaftsordnung), sowie die Bewilligung aller Eigentümer der Wohnanlage in notariell beglaubigter Form (§ 29 GBO). Eine Vereinbarung aller Wohnungseigentümer in Auflassungsform (§§ 3, 4 WEG) ist nicht notwendig. Es handelt sich ja, soweit der Überbau in

Frage steht, nicht um die Herbeiführung eines neuen Rechtserfolgs durch Rechtsgeschäft, sondern um die Berichtigung des Grundbuchs nach einem bereits aufgrund Gesetzes eingetretenen Zustand.

In dem vom BayObLG entschiedenen Fall enthielt aber die Gemeinschaftsordnung bereits die Zustimmung aller Eigentümer. Es handelte sich um eine Regelung des Verhältnisses der Wohnungseigentümer untereinander, die durch Grundbucheintragung Inhalt des Sondereigentums geworden war (§ 5 Abs. 4 WEG). Hierbei kommt es auf das Wort „schuldrechtlich“ nicht an, sondern darauf, daß die entsprechenden Bestimmungen für alle Eigentümer Gültigkeit haben sollen. Die nochmalige Zustimmung aller Eigentümer kann daher nicht verlangt werden.

Um das Grundbuch mit der neuen Rechtslage in Einklang zu bringen, wäre noch der Vollzug von drei Maßnahmen notwendig gewesen, die der Zustimmung der anderen Eigentümer und ihrer Gläubiger nicht bedurft hätten: Die Übertragung der Teilmitteigentumsanteile¹⁰ und von Teilen des Sondereigentums¹¹ sowie die teilweise Übertragung der Sondernutzungsrechte¹². Die Teilung eines Sondernutzungsrechts ist möglich, soweit sie andere Eigentümer nicht benachteiligt.

2) Sondernutzungsrecht

Auch aufgrund des Sondernutzungsrechts war eine Bebauung der bisher gemeinschaftlichen Fläche den beiden Wohnungseigentümern erlaubt. Zwar gestatten Sondernutzungsrechte grundsätzlich nicht die Bebauung der betroffenen Fläche¹³. So darf z. B. der Sondernutzungsberechtigte eines PKW-Abstellplatzes auf diesem keine Garage errichten. Etwas anderes gilt aber, wenn dem Berechtigten die Bebauung in der Gemeinschaftsordnung ausdrücklich gestattet ist¹⁴. Aufgrund der Bebauung allein erwirbt der Berechtigte aber nicht Sondereigentum. Der umschlossene Raum bleibt im Gemeinschaftseigentum, wobei aufgrund des Sondernutzungsrechts ein Alleinbenutzungsrecht besteht. Sondereigentum kann aber entstehen, wenn auch die Voraussetzungen für einen Überbau nach § 912 BGB vorhanden sind.

3) Konsequenzen aus der Entscheidung des BayObLG

In seiner eingangs genannten Entscheidung hat das BayObLG zwar die Entstehung von Sondereigentum verneint, nicht dagegen eine Duldungsverpflichtung der anderen Eigentümer ausgeschlossen. Diese Frage wurde offengelassen. Da es nur um die Grundbuchfrage ging, bei der es nur auf das Sondereigentum, nicht auf die Duldungspflicht ankam, stand die Frage der Herrschaftsmacht über den Raum für das Gericht nicht zur Entscheidung. In den Entscheidungsgründen kann man aber lesen, daß es sich nach der Ansicht des BayObLG¹⁵ um einen erlaubten „Überbau“ handelte.

Durch die Entscheidung sind die Umbauenden nicht verpflichtet, ihre Baumaßnahme rückgängig zu machen und den früheren Zustand wiederherzustellen. Schließlich haben sie doch im wesentlichen erreicht, was sie erreichen wollten.

¹⁰ BGH v. 18.6.76, NJW 1976, 1976 = DNotZ 1976, 741.

¹¹ OLG Celle v. 29.3.74 DNotZ 1975, 42 = NJW 1974, 1909.

¹² BGH v. 24.11.1978 NJW 1979, 548 = DNotZ 1979, 168 = BGHZ 73, 145.

¹³ BayObLG v. 30.6.89, DNotZ 1990, 381.

¹⁴ BayObLG v. 27.2.81 Rpfleger 1981, 399 = BayObLGZ 1982, 56; BayObLG v. 4.2.82, Rpfleger 1982, 219 = BayObLGZ 1982, 69; LG Wuppertal v. 8.4.1988, MittBayNot 1989, 17; a. A. KG v. 14.9.1982, Rpfleger 1983, 20 = OLGZ 1982, 436.

¹⁵ Im vorletzten Absatz der Entscheidung.

⁸ OLG Celle v. 15.6.79, OLGZ 1981, 106; Röll MittBayNot 1991, 240, 244, 245.

⁹ Röll MittBayNot 1991, 240, 244, 245; a. A. OLG Stuttgart v. 29.6.82 OLGZ 1982, 402 = DNotZ 1983, 444; OLG Hamm v. 25.11.75 OLGZ 1976, 61 trifft diesen Fall nicht, da es sich um einen nichtentschuldigsten Überbau handelte.

III.

Buchbesprechungen

Wolfgang Schön, *Der Nießbrauch an Sachen. Gesetzliche Struktur und rechtsgeschäftliche Gestaltung*, Köln 1992*

Das Recht des Nießbrauchs wurde in der juristischen Praxis der letzten Jahre bestimmt durch die steuerlichen Auswirkungen der Nießbrauchsbestellung. Kennzeichnend hierfür ist, daß damit zwangsläufig auch zivilrechtliche Probleme vielfach im steuerrechtlichen Schrifttum und der Rechtsprechung des BFH behandelt wurden, z. B. die Einordnung der Grundstücksübertragung unter Vorbehalt des Nießbrauchs (vgl. BFH BStBl 1983 II 660, 1987 II 772, 1991 II 793 zur Einkommensteuer; BFH BStBl 1989 II 524 = MittBayNot 1989, 232 zur Schenkungsteuer), die Notwendigkeit einer Ergänzungspflegerbestellung bei Beteiligung Minderjähriger (BFH BStBl 1981 II 295, 297; NJW-RR 1990, 1036), die Zulässigkeit des Nießbrauchs an Personengesellschaftsanteilen (BFH NJW 1992, 336), an einem Unternehmen (BFH BStBl 1981 II 396, 397) oder am sog. Gewinnstammrecht (BFH DB 1991, 1359; hierzu auch *Staudinger/Promberger* Anh §§ 1068, 1069 Rdnr. 70).

Im Gegensatz zur steuerrechtlichen Behandlung wurde der Nießbrauch im zivilrechtlichen Schrifttum — abgesehen von den Erläuterungen der §§ 1030 bis 1089 BGB in den Kommentaren zum BGB — lange Zeit vernachlässigt; die letzte monographische Darstellung zum Nießbrauchsrecht von *Nußbaum* (Das Nießbrauchsrecht des BGB unter den Gesichtspunkten der Rechtsfaktenforschung) stammt aus dem Jahr 1919.

Die vorliegende Arbeit von *Schön* enthält nunmehr eine aktuelle Gesamtdarstellung der in der Praxis wichtigsten Erscheinungsform des Nießbrauchs, nämlich des Nießbrauchs an Sachen und füllt damit eine seit langem offenstehende Lücke im juristischen Schrifttum. Das besondere Verdienst von *Schön* besteht hierbei neben der rechtsdogmatischen Untersuchung in der volkswirtschaftlichen Analyse des Verhältnisses zwischen Eigentum und Nießbrauch (S. 23 ff.) und der vor diesem Hintergrund mitbestimmten Interpretation der einzelnen Bestimmungen des Nießbrauchsrechts. Hierbei geht *Schön* jedoch m. E. teilweise zu weit, wenn er immer wieder darauf abstellt, daß die Nießbrauchsvorschriften eine volkswirtschaftlich sinnvolle Nutzung der Wirtschaftsgüter sicherstellen sollen (z. B. S. 114, 142) oder vor dem Hintergrund nationalökonomischer Interessen (z. B. S. 272) oder den Interessen der Allgemeinheit (z. B. S. 293) auszulegen seien. Auch das Recht des Nießbrauchs ist reines Privatrecht und lediglich wegen der beschränkten Anzahl der gesetzlich zugelassenen dinglichen Rechte (Enumerationsprinzip) nicht beliebig dispositiv.

* Bezugsquelle: siehe VII. in diesem Heft S. 331.

Bereits am Aufbau (Teil 1: Gesetzliche Grundstrukturen des Nießbrauchs; Teil 2: Die Privatautonome Gestaltung des Nießbrauchs; Teil 3: Das Kausalgeschäft des Nießbrauchs) erkennt man, daß die Arbeit auch für die notarielle Praxis von großer Bedeutung ist, zumal der Sachnießbrauch in der Form des Grundstücksnießbrauchs den häufigsten Anwendungsfall der Nießbrauchsvorschriften bildet. Das Gesetz regelt den Nießbrauch zwar in vielen Einzelbestimmungen ungewöhnlich detailliert und ausführlich, was *Baur* bis zur 9. Auflage seines Sachenrechtslehrbuchs (§ 32 I 3) zur These veranlaßt hat, das Nießbrauchsrecht stehe im umgekehrten Verhältnis zum Anwendungsbereich in der Praxis. Dennoch sind es nur wenige Bestimmungen, die zum Wesen des Nießbrauchs gehören. *Schön* arbeitet hier zutreffend heraus, daß neben §§ 1030, 1059 und § 1061 v. a. die Aufrechterhaltung der wirtschaftlichen Zweckbestimmung und das Verfahren nach den Regeln der ordnungsgemäßen Wirtschaft (§ 1036 Abs. 2 BGB) zu diesem nicht abdingbaren Kernbestand des Nießbrauchsrechts gehören (S. 51 ff.) und auch für die Frage der Abänderbarkeit der weiteren Nießbrauchsvorschriften wesentlichen Einfluß haben (S. 260 ff.).

Im Rahmen einer Besprechung können zu Einzelfragen nur wenige — mehr oder weniger subjektiv beeinflusste — Punkte herausgegriffen werden, die mir in den letzten Wochen bei der Benutzung des Buches aufgefallen sind:

1. *Schön* weist z. B. nach, daß § 1037 BGB (Verbot der Umgestaltung oder wesentlichen Veränderung) keine eigenständige Hauptpflicht des Nießbrauchers begründet, sondern vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Bestimmung der Sache auszulegen ist (S. 88 ff.). Praktische Bedeutung hat dies insbesondere bei der Frage, ob der Nießbraucher berechtigt ist, ein Gebäude zu errichten, was *Schön* im Grundsatz und im Gegensatz zu KG (DNotZ 1992, 675 mit Anm. *Frank*) bejaht (S. 19, 272 f.).

2. Ausführlich behandelt *Schön* die Frage, wer für die gewöhnlichen und außergewöhnlichen Aufwendungen (§ 1041 BGB) zu sorgen hat (S. 110 ff.) und wie die öffentlichen und privaten Lasten nach § 1047 BGB verteilt werden (S. 165 ff.). Er vertritt hierbei in vielen Punkten von der h. M. abweichende Ansichten, z. B. daß der Nießbraucher auch die Tilgungsleistungen von Grundpfandrechten zu tragen hat, soweit diese vorhersehbar sind und von einem potentiellen Alleineigentümer regelmäßig aus den Erträgen finanziert werden können (S. 180). Eine solche in der Praxis schwierig nachzuvollziehende Auslegung findet jedoch im Gesetzeswortlaut keine Stütze, der (nachdem die Zinsleistungen ausdrücklich genannt sind) für das Gegenteil spricht und kann auch nicht aus § 1088 BGB (der nur für den Nießbrauch an einem Vermögen gilt) abgeleitet werden. Es wird dabei aber deutlich, daß in der Praxis eine klare Rege-

IV. Rechtsprechung

A. Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 118, 166, 278, 313 (*Scheingeschäft bei notarieller Beurkundung*)

1. Ein Grundstückskaufvertrag ist nicht deshalb nichtig, weil der Verkäufer den notariellen Vertrag nur zum Schein abschließen will und irrtümlich meint, der Käufer wisse dies und sei damit einverstanden; § 118 BGB ist insoweit nicht anwendbar.
2. Für die Frage, ob der Käufer eines Grundstücks von dem Scheingeschäftswillen des Verkäufers Kenntnis hat, kommt es auf den Kenntnisstand des an der Beurkundung selbst beteiligten Käufers an; eine Zurechnung des Wissens einer mit der Verhandlungsführung betrauten Hilfsperson nach § 166 Abs. 1 BGB analog findet insoweit nicht statt.
3. Der Käufer eines Grundstücks haftet nicht aus c. i. c. i. V. m. § 278 BGB, wenn sein Verhandlungsgehilfe ohne sein Wissen gegenüber dem Verkäufer den Eindruck erweckt, der notarielle Vertrag werde nur zum Schein geschlossen; das Vertrauen des Verkäufers auf die Nichtigkeit des notariellen Vertrages wird insoweit nicht geschützt.

OLG München, Urteil vom 14. 01. 1992 — 25 U 6622/90 (rechtskräftig) — mitgeteilt von Ministerialrat *Dieter Rojahn*, München

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin verlangt die Feststellung der Nichtigkeit eines zwischen den Parteien geschlossenen notariellen Grundstückskaufvertrages, die Beklagte verlangt im Wege der Widerklage von der Klägerin die Auflassung eben dieses Grundstückes.

Die Beklagte interessierte sich für ein von der Klägerin zum Verkauf angebotenes Grundstück in St. Die Vertragsverhandlungen führte auf Seiten der Beklagten deren Ehemann, der Zeuge S., und auf Seiten der Klägerin deren Geschäftsführer. Am 8. 7. 1988 schlossen die Parteien den notariell beurkundeten Kaufvertrag. In diesem Kaufvertrag ist ein Kaufpreis von 1.570.000,— DM ausgewiesen.

Anläßlich des Notartermins unterschrieben die Beklagte und deren Ehemann das mit Datumsstempel vom 4. 7. 1988 versehene Angebot über eine Finanzierungsvermittlung der Firma Sch., sowie ein mit unleserlichem Stempel vom Mai 1988 versehenes Maklerangebot derselben Firma. Die Zeugin Sch. war bei dem Notartermin nicht anwesend, die genannten Schreiben wurden der Beklagten und dem Zeugen S. von dem Geschäftsführer der Klägerin zur Unterschrift vorgelegt.

Der in der notariellen Urkunde ausgewiesene Kaufpreis wurde zwischenzeitlich bezahlt, ebenso die Maklerprovision von 53.694,— DM. Nicht bezahlt wurde die Finanzierungsvermittlungsprovision, die nach einer Rechnung der Firma Sch. vom August 1988 22.500,— DM betragen sollte. Wegen dieser Finanzierungsvermittlungsprovision ist ein Rechtsstreit zwischen der Klägerin und dem Zeugen S. anderweitig anhängig.

Die Klägerin hat vorgetragen, die Parteien hätten in Wahrheit einen Kaufpreis von 1.640.000,— DM vereinbart. Auf Wunsch des Ehemannes der Beklagten sei dieser wirkliche Kaufpreis jedoch dergestalt verschleiert worden, daß in der notariellen Urkunde nur ein Kaufpreis von 1.570.000,— DM erscheine und daneben die Beklagte eine Maklerprovision von 47.100,— DM netto, sowie eine Finanzierungsvermittlungsprovision von 22.500,— DM bezahlen sollte. Den rechnerischen Differenzbetrag in Höhe von 400,— DM zu dem vereinbarten Kaufpreis habe die Beklagtenseite in bar erbringen sollen.

Die Klägerin hat zunächst auf Feststellung der Nichtigkeit des notariellen Kaufvertrages und auf Feststellung ihrer Nichtverpflichtung zur Auflassung geklagt. Nachdem die Beklagte Widerklage auf Auflassung erhoben hatte, hat die Klägerin ihren ursprünglichen Antrag insoweit für erledigt erklärt.

Die Beklagte hat bestritten, daß eine Unterverbriefungs-Abrede, wie von der Klägerin behauptet, getroffen worden sei. Vielmehr entspreche der im notariellen Vertrag ausgewiesene Kaufpreis von 1.570.000,— DM dem wirklichen Willen der Parteien. Die Maklerprovision habe man bezahlt, weil man schon zu Beginn der Verhandlungen von der Klägerin an das Maklerbüro verwiesen worden sei und gemeint habe, der Provisionsanspruch des Maklerbüros sei entstanden.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben: Die behauptete Unterverbriefung mit der Folge der Nichtigkeit des notariellen Kaufvertrages als Scheingeschäft sei nicht nachgewiesen.

Mit der Berufung verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag sowie ihren Antrag auf Anweisung der Widerklage weiter. . . . Sie hält den Vertrag für nichtig. Die Verpflichtungen zur Zahlung von Maklerprovision und Finanzierungsvermittlungsprovision hätten nach Meinung der Klägerin als Teil der Kaufpreisabreden mitbeurkundet werden müssen, was nicht geschehen sei.

Die Beklagte hält das landgerichtliche Urteil für zutreffend und begehrt die Zurückweisung der Berufung. Sie bestreitet nach wie vor den klägerischen Sachvortrag, daß zwischen ihrem Ehemann und dem Geschäftsführer der Klägerin eine Aufspaltung des Kaufpreises verabredet worden sei. Selbst wenn dem aber so gewesen sein sollte, so habe jedenfalls sie, die Beklagte, hiervon nichts gewußt.

Diesen Sachvortrag der Unkenntnis der Beklagten von der Aufspaltung des Kaufpreises bestreitet wiederum die Klägerin. Nach ihrer Auffassung kommt es aber auf diese Einlassung der Beklagten ohnehin nicht an, da sich die Beklagte das Verhalten ihres Verhandlungsgehilfen nach den Grundsätzen der Duldungs- oder Anscheinsvollmacht oder über § 166 Abs. 1 BGB zurechnen lassen müsse. Im übrigen sei der Kaufvertrag wegen Dissenses nichtig oder jedenfalls wegen der vorsorglich erklärten Anfechtung der Kaufvertragserklärung. . . .

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg.

Der notarielle Kaufvertrag vom 8. 7. 1988 ist wirksam. Die Klägerin hat nicht nachgewiesen, daß die Beklagte eine Aufspaltung des Kaufpreises wollte oder von einer etwaigen diesbezüglichen Abrede zwischen dem Verhandlungsgehilfen der Beklagten und dem Geschäftsführer der Klägerin auch nur Kenntnis hatte. Ein etwa hierüber vorhandenes Wissen des Verhandlungsgehilfen ist der Beklagten nicht zuzurechnen. Auch die weiteren von der Klägerin geltend gemachten Nichtigkeitsgründe greifen nicht durch. Ebenso-

wenig besteht ein Anspruch der Klägerin auf Aufhebung und Rückabwicklung des Kaufvertrages, der dem Anspruch der Beklagten auf Auflassung des Grundstücks entgegengehalten werden könnte.

I. ...

Ohne den Nachweis eigener Kenntnis der Beklagten von der behaupteten Unterverbriefungsabrede ergibt sich unter keinem Gesichtspunkt die von der Klägerin geltend gemachte Rechtsfolge der Nichtigkeit des notariellen Kaufvertrages.

a) Maßgebend sind die am 8.7.1988 vor dem Notar abgegebenen Willenserklärungen des Geschäftsführers der Klägerin einerseits und der Beklagten andererseits. Wollte die Beklagte keine Unterverbriefung und wußte sie nichts von einem etwa entgegengesetzten Willen des Geschäftsführers der Klägerin, so waren weder ihre eigene Willenserklärung noch diejenige des Geschäftsführers der Klägerin nach § 116, 117 BGB nichtig. Denn die Klägerin hat dann ihre eigene Willenserklärung gerade nicht zum Schein abgegeben und sie war auch nicht einverstanden mit der Abgabe einer Scheinerklärung durch die andere Vertragspartei. Ein etwaiger — der Beklagten nicht bekannt — Vorbehalt des Geschäftsführers der Klägerin, das von ihm vor dem Notar Erklärte nicht zu wollen, ist im Rahmen des § 116 BGB unbeachtlich.

Auch § 118 BGB führt in diesem Fall zu keinem anderen Ergebnis. Selbst wenn die Klägerin nachweisen könnte, daß ihr Geschäftsführer seine Willenserklärung in der Erwartung abgegeben hat, die Beklagte werde den Mangel der Ernstlichkeit erkennen, könnte sich die Klägerin hier nicht auf die Rechtsfolge der Nichtigkeit berufen. Zwar wird überwiegend die Meinung vertreten, daß es für den Tatbestand des § 118 BGB nicht darauf ankomme, ob die mangelnde Ernstlichkeit objektiv erkennbar war, und daß die Vorschrift grundsätzlich auch für das einseitige (sog. mißlungene) Scheingeschäft gelte (vgl. *Staudinger/Dilcher*, 12. Aufl., § 118 RdNr. 2 f.; *Soergel/Hefermehl*, 12. Aufl., § 118 RdNr. 7 f.; *Münchener Kommentar/Kramer*, 2. Aufl., § 118 RdNr. 4 f., 8, m. w. N., auch zur Gegenmeinung). Das kann aus Gründen des Schutzes des redlichen Geschäftsverkehrs aber jedenfalls dann nicht gelten, wenn die Erklärung, wie hier, in einer notariellen Urkunde enthalten ist und nach Art und Inhalt objektiv als rechtsgeschäftliche Erklärung anzusehen ist (vgl. RGZ 168, 204/205; RGRK/Krüger-Nieland, 12. Aufl., § 118 RdNr. 2; *Fiasecke*, Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht — ZAKDR — 1942, 140 f.). Dabei mag offen bleiben, ob man dieses Ergebnis, wie RGZ 168, 204/205 im dort entschiedenen Fall, mit Treu und Glauben begründet, oder ob nicht vielmehr die auf die offene Scherzerklärung zugeschnittene Vorschrift des § 118 BGB für das einseitige Scheingeschäft im Bereich des § 313 BGB von vornherein nicht anwendbar ist. Nach Auffassung des Senats wäre es ein mit der Funktion des § 313 BGB und dem Gedanken des Verkehrsschutzes schwerlich zu vereinbarender Wertungswiderspruch, wenn eine vor dem Notar nach außen als ernstlich gemeint abgegebene, objektiv als solche verstehbare und vom Erklärungsempfänger und dem Notar auch tatsächlich so verstandene Willenserklärung später allein mit der Begründung, man habe die Erklärung nicht wirklich gewollt und man habe gemeint, der Vertragspartner werde das schon erkennen, dem Einwand der Nichtigkeit ausgesetzt werden könnte.

b) Auf die Kenntnisse des Ehemannes der Beklagten, dem die Beklagte die Vertragsverhandlungen überlassen hat,

kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Eine Zurechnung des Wissens des Verhandlungsgehilfen findet im vorliegenden Fall nicht statt.

Die unmittelbare Anwendung des § 166 Abs. 1 BGB scheidet aus, da kein Fall der Vertretung vorliegt. Aber auch eine Zurechnung über § 166 Abs. 1 BGB analog, die beim Verhandlungsgehilfen im Bereich der Wissenszurechnung grundsätzlich in Betracht kommt (vgl. *Palandt/Heinrichs*, 51. Aufl., § 166 RdNr. 3; *Münchener Kommentar/Thiele*, 2. Aufl., § 166 RdNr. 23 m. w. N., ist im vorliegenden Fall, in dem es um die Frage der etwa mangelnden Ernstlichkeit notariell beurkundeter Erklärungen geht, nicht gerechtfertigt.

In der Rechtsprechung ist anerkannt, daß die Formvorschrift des § 313 BGB einer Zurechnung von Wissen des Verhandlungsgehilfen entsprechend dem in § 166 Abs. 1 BGB enthaltenen Rechtsgedanken Grenzen setzt. So hat der Bundesgerichtshof für den Fall der Auslegung eines nach § 313 BGB beurkundungsbedürftigen Vertrages die Möglichkeit einer solchen Zurechnung ausdrücklich verneint (BGH NJW-RR 1986, 1019 f.). Begründet ist dies damit, daß der Warn- und Schutzzweck der Beurkundung sich nur den daran Beteiligten gegenüber entfalten könne. Es komme daher nicht darauf an, welchen Sinn ein mit der Anfertigung des Vertragsentwurfs Beauftragter der von ihm vorbereiteten Regelung beigemessen hat; maßgeblich sei nur, wie die an der Beurkundung beteiligten Vertragsparteien selbst die beurkundeten Erklärungen verstanden haben oder verstehen mußten.

Der Kerngedanke dieser Rechtsprechung greift auch im vorliegenden Fall, der eine vergleichbare Interessenlage aufweist. Die Warn- und Schutzfunktion des § 313 BGB erstreckt sich auch — und sogar in besonderem Maße — auf die Frage der Ernstlichkeit der Willenserklärungen. Mit gutem Grund statuiert § 17 BeurkG diesbezüglich eine besondere Belehrungspflicht und sind die Folgen einer „Unterverbriefung“ regelmäßiger Bestandteil der notariellen Belehrungspraxis. Maßgeblich kann daher auch für die Frage der Ernstlichkeit nur sein, wie die an der Beurkundung beteiligten Vertragsparteien selbst die beurkundeten Erklärungen verstanden haben oder verstehen mußten. Kann eine an der Beurkundung beteiligte Vertragspartei danach von der Ernsthaftigkeit der Erklärung der anderen beteiligten Vertragspartei ausgehen, so muß sie sich darauf verlassen können, daß diese Erklärung nicht etwa deshalb den Charakter einer bloßen Scherz- oder Scheinerklärung erhält, weil sich ein diesbezüglicher Wille des Erklärenden aus außerhalb des tatsächlichen Vertragsschlusses liegenden — dem Erklärungsempfänger nicht bekannten — Umständen ergibt.

Soweit der Bundesgerichtshof in einer neueren Entscheidung (Urteil vom 8.11.1991, V ZR 260/90, Leitsatz veröffentlicht in EBE/BGH — Ls 25/92) eine Zurechnung des Wissens der mit der Verhandlungsführung betrauten Hilfsperson im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB für den Fall bejaht, daß die Vertragspartei die Verhandlungen und den tatsächlichen Vertragsschluß vollständig einer mit der Sachlage allein vertrauten Hilfsperson überläßt und das Handeln der ohne Abschlußvollmacht tätigen Hilfsperson später genehmigt, steht diese Entscheidung der vorstehend vertretenen Auffassung nicht entgegen. Denn im hier zu entscheidenden Fall hat die Vertragspartei den tatsächlichen Vertragsschluß gerade nicht einer Hilfsperson überlassen; die Beklagte hat den notariell beurkundeten Vertrag selbst geschlossen.

Bei dieser Fallkonstellation ist auch für eine Zurechnung nach den Grundsätzen der Anscheins- oder Duldungsvollmacht kein Raum.

c) Auch die anderen von der Berufung geltend gemachten Nichtigkeitsgründe greifen nicht durch, wenn eine eigene Kenntnis der Beklagten von der behaupteten Unterverbriefungsabrede nicht nachgewiesen ist.

Ein Dissens liegt nicht vor, da die beurkundeten Willenserklärungen der Parteien übereinstimmen. Maßgeblich ist der objektive Erklärungswert, d. h. wie der Empfänger die Erklärung nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen mußte (vgl. *Palandt/Heinrichs*, 51. Aufl., § 133 Rdnr. 9; BGHZ 36, 33 und st. Rspr.), wobei zur Bestimmung des objektiven Erklärungswerts einer vor dem Notar abgegebenen Willenserklärung auf außerhalb des notariellen Vertragsschlusses liegende Umstände, die einer Partei nicht bekannt sind, gerade nicht zurückgegriffen werden darf. Danach ergibt sich hier, daß beide Parteien genau das erklärten, und zwar als ernstlich gewollt, was in der notariellen Urkunde steht, nämlich einen Kaufvertrag zum Kaufpreis von 1.570.000,— DM schließen zu wollen.

Der Vertrag ist auch nicht nach §§ 313, 125, 139 BGB nichtig, weil der Maklervertrag und die Finanzierungsvermittlung nicht mitbeurkundet wurden. Daß es sich hier nach dem Willen der Parteien des Kaufvertrages um beurkundungspflichtige Nebenabreden, um Bestandteile des schuldrechtlichen Veräußerungsgeschäfts (vgl. BGHZ 63, 359/361; 74, 346/348; *Palandt/Heinrichs* § 313 Rdnr. 25, 31 m. w. N.) gehandelt hätte, ist nicht nachgewiesen. Es ergibt sich insbesondere nicht schon dann, wie die Berufung meint, wenn man die Sachverhaltsdarstellung der Beklagten zugrunde legt. Die Berufung verweist insoweit insbesondere auf den Sachvortrag der Beklagten, der Geschäftsführer der Klägerin habe den Ehemann der Beklagten darauf hingewiesen, er habe das Objekt einem Makler im Rahmen eines Auftrags an die Hand gegeben und sei danach verpflichtet, Interessenten an diesen zu verweisen. Hieraus läßt sich aber nicht ohne weiteres der Schluß ziehen, daß die Parteien den Abschluß der Maklervereinbarung in einer Weise zur Voraussetzung und Bedingung für den Abschluß des Kaufvertrages gemacht hätten, daß beides miteinander „stehen und fallen“ sollte (vgl. BGH NJW 1989, 898/899).

Der Vertrag ist schließlich auch nicht wegen der erklärten Anfechtung nichtig. Die Voraussetzungen der Irrtumsanfechtung sind nicht gegeben. Soweit der Geschäftsführer der Klägerin vor dem Notar bewußt etwas anderes erklärt hat als er mit der Beklagten vereinbaren wollte, scheidet ein Irrtum schon begrifflich aus. Aber auch soweit seine Erklärung möglicherweise von der irrigen Vorstellung geleitet gewesen sein mag, der Vertragspartner sei mit einer zum Schein abgegebenen Erklärung einverstanden, beträfe auch dieser denkbare Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung den Punkt der Nichternstlichkeit des Erklärten, ein Bereich, der sich nach den besonderen Vorschriften der §§ 116–118 BGB regelt (vgl. RGZ 168, 204/205); für einen Rückgriff auf § 119 BGB ist insoweit kein Raum.

Auch die Anfechtung nach § 123 BGB greift nicht durch. Es ist schon fraglich, ob eine auf § 278 BGB gestützte Zurechnung einer etwaigen Täuschung des Verhandlungsgehilfen im Bereich des § 313 BGB unter den hier gegebenen Umständen überhaupt Platz greifen könnte. Jedenfalls fehlt es insoweit schon am Nachweis der tatsächlichen Voraussetzungen des § 123 BGB im subjektiven Bereich. (*Wird ausgeführt.*)

2) Eine eigene Kenntnis der Beklagten von der behaupteten Unterverbriefungsabrede ist nicht nachgewiesen. (*Wird ausgeführt.*)

II. Die Berufung ist auch insoweit unbegründet, als sie sich dagegen wendet, daß das Landgericht der Widerklage stattgegeben hat. Die Beklagte hat aus dem wirksamen Kaufvertrag einen Anspruch auf Auflassung. Die Klägerin kann diesem Anspruch keinen Anspruch auf Aufhebung und Rückabwicklung des Kaufvertrages nach den Grundsätzen der Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluß (c. i. c.) i. v. m. § 278 BGB entgegensetzen. Ein solcher Anspruch ist zwar regelmäßig dann gegeben, wenn eine Partei (oder der Verhandlungsgehilfe, für den eine Partei nach § 278 BGB einzustehen hat) die andere Partei in pflichtwidriger Weise nicht auf zur Formungültigkeit führende Umstände hinweist (vgl. BGHZ 92, 164/175; Münchener Kommentar *Emmerich*, vor § 275, Rdnr. 45); die andere Vertragspartei soll dann in ihrem berechtigten Vertrauen auf das wirksame Zustandekommen des Rechtsgeschäfts geschützt werden. Hier liegt der Fall aber gerade umgekehrt: Die Klägerin macht geltend, in ihrem Vertrauen darauf enttäuscht worden zu sein, daß die Willenserklärungen vor dem Notar nur zum Schein abgegeben, ein wirksamer Vertrag also gerade nicht geschlossen werden sollte. Insoweit ist aber ein schützenswerter Vertrauenstatbestand nicht anzuerkennen.

2. VerbrKrG §§ 7, 9 (*Inhalt der Widerrufsbelehrung nach dem VerbrKrG*)

Eine ordnungsgemäße Belehrung über das Widerrufsrecht im Sinne des § 7 Abs. 2 S. 1, 2 VerbrKrG liegt nur vor, wenn der Verbraucher darauf hingewiesen wird, daß der Widerruf des Kreditvertrages auch den damit verbundenen Kaufvertrag erfaßt.

(*Leitsatz der Schriftleitung*)

OLG Düsseldorf, Urteil vom 6.12.1992 — 14 U 66/92 —

Aus dem Tatbestand:

Am 24.01.1991 kaufte die Klägerin bei der Beklagten einen Pkw Opel Vectra zum Kaufpreis von 23.200 DM, indem sie die verbindliche Bestellung, die von einem Mitarbeiter der Beklagten zur Unterschrift vorgelegt worden ist, unterzeichnete.

Da die Klägerin eine Finanzierung wünschte, um den Kaufpreis für das Gebrauchtfahrzeug unverzüglich zu begleichen, unterbreitete ihr die Beklagte ein Finanzierungsangebot der Hausbank, der O Bank GmbH. In dem Darlehensvertrag ist der Ehemann der Klägerin als Darlehensnehmer und die Klägerin als Mitdarlehensnehmer bezeichnet. Dieser Darlehensvertrag auf dem Vordruck der O Bank GmbH enthält die Fahrgestell-Nr. des mit dem Darlehen zu erwerbenden Pkw sowie die einzelnen Identifizierungsmerkmale für den Gesamtrechnungspreis von 23.200 DM. Unter Punkt 11. des Darlehensvertrages ist in einem umrandeten Textteil folgendes aufgenommen:

„Belehrung über das Widerrufsrecht

1. Der Darlehensnehmer kann seinen Darlehensantrag binnen einer Woche schriftlich widerrufen. Der Widerruf ist an die O Bank GmbH oder den Händler (s. o.) zu richten. Die Frist beginnt, sobald dem Darlehensnehmer eine Durchschrift des Darlehensantrags und des Kaufantrags ausgehändigt worden ist. Zur Wahrung der Frist genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs. Der Widerruf des Darlehensantrags hat die Unwirksamkeit von Darlehensantrag und von weiteren mitfinanzierten Anträgen zur Folge.

2. Der Mitdarlehensnehmer kann seinen Darlehensantrag ebenfalls widerrufen. Für das Widerrufsrecht des Mitdarlehensnehmers gelten die vorstehenden Bestimmungen entsprechend. Die Widerrufsfrist beginnt jedoch erst, wenn dem Mitdarlehensnehmer eine Durchschrift des Darlehensantrages ausgehändigt worden ist.“

Der Darlehensvertrag ist am selben Tage wie der Autokaufvertrag von der Klägerin unterzeichnet und alsbald von der Beklagten angenommen worden.

Das gekaufte Gebrauchtfahrzeug ist der Klägerin alsbald übergeben worden.

Etwa drei Monate später ließ die jetzige Klägerin durch ihren erstinstanzlichen Verfahrensbevollmächtigten den Widerruf des Vertrages erklären, wobei sie sich auf § 1 b Abzahlungsgesetz berief. Sie erklärte, daß sie sich nicht ausreichend und hinreichend deutlich über das ihr zustehende Widerrufsrecht hingewiesen fühle, zumal der schriftliche Kaufvertrag widersprüchlich ausgefüllt worden sei: Hiermit bezieht sie sich darauf, daß einerseits der Kaufvertrag als Abzahlungsgeschäft bezeichnet, andererseits Zahlungsvereinbarungen für ein Bargeschäft ausgefüllt worden ist.

Noch im Laufe des Kalenderjahres 1991 hat die Klägerin auch dem Darlehensgeber den Widerruf erklärt und sich auf die §§ 7 und 9 des Verbraucher kreditgesetzes bezogen.

Die Klägerin hat die Rechtsansicht vertreten, sie sei wegen der nicht ausreichend erfolgten Belehrung berechtigt, den Widerruf wirksam binnen Jahresfrist zu erklären. Sie hat beantragt,

festzustellen, daß der Kaufvertrag zwischen den Parteien vom 24.01.1991 über einen Pkw Opel Vectra aufgrund des von der Klägerin erklärten Widerrufs unwirksam ist, und

daß sich die Beklagte mit der Rücknahme des vorgenannten Pkw's in Verzug befindet.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie hat die Rechtsauffassung vertreten: Auf die Geschäftsbeziehungen zwischen der Klägerin und der Beklagten seien zwar die Grundsätze des finanzierten Abzahlungskaufes anzuwenden. Der vorliegende Kreditvertrag vom 24.01.1991 und die Unterschrift der Klägerin hierunter entsprächen den §§ 7 und 9 des Verbraucher kreditgesetzes, so daß der erst Monate nach Abschluß des Vertrages erfolgte Widerruf verspätet und damit unwirksam sei.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. In den Entscheidungsgründen führt das Gericht unter anderem aus: Die Klausel „der Widerruf des Darlehensantrages hat die Unwirksamkeit von Darlehensantrag und von weiteren mitfinanzierten Anträgen zur Folge“ sei ausreichend gewesen, um die Klägerin darauf hinzuweisen, daß der Kaufvertrag im Falle des Widerrufs des Darlehensvertrages nicht wirksam zustande käme.

Mit ihrer Berufung verfolgt die Klägerin die ursprünglichen Anträge weiter. Sie vertritt weiter die Rechtsauffassung, der Klägerin habe wegen der unzureichenden Belehrung über das Widerrufsrecht eine Jahresfrist zur Verfügung gestanden, um den Darlehensvertrag zu widerrufen. Sie hält insbesondere die Klausel, weitere mitfinanzierte Anträge seien im Falle des Widerrufs ebenfalls unwirksam, für mißverständlich und undeutlich. Ein Hinweis auf den speziellen Kaufvertrag finde sich im gesamten Formular nicht.

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung der Klägerin ist im wesentlichen begründet und führt zur Abänderung des angefochtenen Urteils.

...

Die Klägerin ist nicht ausreichend belehrt worden. Die erforderliche Belehrung über das Widerrufsrecht muß nämlich den Hinweis enthalten, daß im Falle des Widerrufs der Kreditabschlußklärung auch der verbundene Kaufvertrag nicht wirksam zustande kommt. Gerade über diese Rechtsfolge muß der Verbraucher aufgeklärt werden.

Bereits im Gesetzgebungsverfahren, in dem der heutige § 9 Verbraucher kreditgesetz noch als § 8 amtlich begründet wurde, ist auf S. 24 ausgeführt:

„Widerruft der Verbraucher das Kreditgeschäft, so ist auch der Kaufvertrag nicht wirksam zustande gekommen. Über diese Rechtsfolge des Widerrufs muß der Verbraucher im Rahmen der erforderlichen Belehrung aufgeklärt werden. Durch die umfängliche Belehrungspflicht soll der möglichen Fehleinschätzung des Verbrauchers entgegengewirkt

werden, der Kreditvertrag sei zwar durch Widerruf nicht wirksam geworden, gleichwohl sei er aber an den Kaufvertrag gebunden.“

So wird bei *Münstermann-Herms* („Verbraucher kreditgesetz“, Kommentar 1991, § 9 Anm. 496) mit Recht hervorgehoben, daß die Widerrufsbelehrung bei verbundenen Geschäften den Hinweis enthalten muß, daß im Falle des Widerrufs auch der verbundene Kaufvertrag nicht wirksam zustande kommt. Auch *Vortmann* („Verbraucher kreditgesetz“ 1991, Kommentar, § 9 Anm. 24) hebt besonders hervor: Die Belehrung schaffe nur dann Klarheit, wenn deutlich gemacht werde, daß der Widerruf sowohl den Kauf- als auch den Darlehensvertrag erfaßt. Aus diesem Grunde müsse die Belehrung deutlich machen, daß beim Widerruf des Darlehensantrages der Kaufpreisanspruch nicht wieder auflebe.

Diese strengen Anforderungen erfüllt die Belehrung auf dem Darlehensvertrag unter Punkt 11 nicht, da im Rahmen dieser Belehrung das Wort „Kaufvertrag“ nicht auftaucht und statt dessen die für juristische Laien schwer verständliche Formulierung gewählt wird „der Widerruf des Darlehensantrages hat die Unwirksamkeit des Darlehensantrages und von weiteren mitfinanzierten Anträgen zur Folge.“

I. ...

Der Antrag, mit dem die Klägerin die Feststellung begehrt, daß der Kaufvertrag zwischen den Parteien fristgerecht widerrufen worden ist, ist begründet. Die Klägerin hat noch rechtzeitig gegenüber dem Kreditgeber von ihrem Recht auf Widerruf der auf Abschluß des Kreditvertrages gerichteten Willenserklärung Gebrauch gemacht. Dies hat zur Folge, daß der damit verbundene Kaufvertrag zwischen den Parteien nicht wirksam zustande gekommen ist, vgl. §§ 1, 7 und 9 des Verbraucher kreditgesetzes.

Zwischen den Parteien ist zu Recht nicht umstritten, daß die Klägerin am 24.01.1991 mit dem Kauf eines gebrauchten Wagens und der Finanzierung durch die Hausbank der Beklagten einen finanzierten Kaufvertrag abgeschlossen hat, der ein sogenanntes verbundenes Geschäft zwischen Kauf- und Kreditvertrag darstellt. Aus diesem Grunde finden die §§ 9 und 7 des Verbraucher kreditgesetzes auf die vertraglichen Beziehungen der Parteien Anwendung. Da die Klägerin ihren Widerruf nicht binnen der Wochenfrist des § 7 Abs. 1 des Verbraucher kreditgesetzes erklärt hat, kommt es entscheidend darauf an, ob ihr noch binnen Jahresfrist auch dem Kreditgeber gegenüber erklärter Widerruf deswegen noch wirksam werden konnte, weil sie im Sinne der §§ 9 Abs. 2 und 7 Abs. 2 Verbraucher kreditgesetz bei Abschluß des Kreditvertrages nicht ausreichend belehrt worden war. *(Wird ausgeführt.)*

3. BGB § 638 Abs. 1 Satz 1 (*Gewährleistungspflicht für Pläne*)

1. Für Gewährleistungsansprüche wegen Fehlern von Plänen, die Arbeiten am Grundstück dienen sollen, gilt die Verjährungsfrist von einem Jahr (im Anschluß an BGHZ 37, 341; 48, 257; 58, 85; 58, 225).
2. Es ist dabei nicht erforderlich, daß Grundstücksarbeiten als solche Gegenstand der Planung waren (im Anschluß an BGHZ 72, 257). Es reicht aus, daß Pläne eines Gasleitungsnetzes im Hinblick auf künftige Unterhaltungsmaßnahmen neu erstellt werden.

BGH, Urteil vom 17.12.1992 — VII ZR 45/92 — , mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin, ein Energieversorgungsunternehmen, verfügt über die Gasrohrnetze in verschiedenen Orten Oberfrankens. Sie hat die Beklagte mit der Erstellung von Plänen für diese Rohrnetze in diesen Gemeinden beauftragt. Die Beklagte sollte zunächst die Rohrleitungen einschließlich der Gebäudeanschlüsse einmessen und orten und auf dieser Grundlage die Pläne neu erstellen. Grund für diesen Auftrag war, daß das vorhandene Planwerk für notwendige Unterhaltungsmaßnahmen sowie für etwa erforderlich werdende Baumaßnahmen nicht mehr hinreichend zuverlässig war. Der Auftrag war am 7. 4. 1987 erteilt und später erweitert worden.

Die Klägerin hat die Beklagte vereinbarungsgemäß nach geleisteten Arbeitsstunden bezahlt. Die Beklagte hat die von ihr erbrachte Leistung monatlich nach Orten getrennt mit insgesamt 49 Rechnungen abgerechnet. Insgesamt hat die Klägerin rund 1,8 Mio. DM bezahlt, davon für die Stadt M. allein über 700.000 DM.

Die Klägerin fordert die Rückzahlung von 700.000 DM nebst Zinsen als Schadensersatz oder auch wegen Wandelung, da die von der Beklagten erstellten Pläne unbrauchbar seien. Sie hat hierfür Sachverständigenbeweis angeboten, der nicht erhoben worden ist, weil Landgericht und Berufungsgericht die Verjährungseinrede der Beklagten für begründet gehalten haben.

Dagegen wendet sich die Revision der Klägerin.

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht läßt offen, ob die Erstellung eines Planwerks, wie vorliegend, als Werkvertrag oder als Werklieferungsvertrag über die Herstellung einer nicht vertretbaren Sache anzusehen ist. Jedenfalls, so meint das Berufungsgericht, sei der Anspruch verjährt. Die Verjährungsfrist betrage gem. § 638 Abs. 1 BGB sechs Monate ab Abnahme des Werks. Die Beklagte habe kein Bauwerk erstellt. Die von ihr übernommenen Leistungen stellten auch keine Arbeiten an einem Grundstück i. S. d. § 638 Abs. 1 BGB dar. Solche Arbeiten setzten voraus, daß entweder am Grund und Boden selbst Eingriffe vorgenommen oder an den auf ihm errichteten Werken Arbeiten ausgeführt werden. Die Beklagte habe nur die Erstellung von Plänen übernommen, nicht aber Arbeiten, die in Grund und Boden eingriffen. . . . Ihre Pläne seien auch nicht Grundlage von konkret ins Auge gefaßten späteren Arbeiten am Grundstück, zu deren Ausführung es der Pläne notwendigerweise bedurft hätte. Sie gäben lediglich einen bereits vorhandenen Zustand wieder. Deshalb gehe der Hinweis der Klägerin auf die Zuordnung von vorbereitenden planerischen Arbeiten von Architekten, Statikern, Vermessern und anderen fehl. Die rund elf Monate nach der Abnahme der letzten Pläne erhobene Klage habe die Verjährung deshalb nicht mehr unterbrechen können.

II. Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg. Für die geltend gemachten Ansprüche gilt zumindest die einjährige Verjährungsfrist für Arbeiten am Grundstück.

1. a) Nach den Grundsätzen der Senatsrechtsprechung ist das Gasrohrnetz als solches ein Bauwerk i. S. d. § 638 BGB. Dies ergibt sich aus den Entscheidungen des Senats, nach denen eine Gleisanlage, ein Rohrbrunnen oder Straßenbauwerke als Bauwerke i. S. v. § 638 BGB anzusehen sind (vgl. BGH, Urteil vom 22.6.1964 — VII ZR 44/63 = MDR 1964, 742 = BB 1964, 820; Urteil vom 16.9.1971 — VII ZR 5/70 = BGHZ 57, 60; Urteil vom 4.11.1982 — VII ZR 65/82 = NJW 1983, 567 = BauR 1983, 64 = ZfBR 1983, 82; Urteil vom 13.1.1972 — VII ZR 46/70 = VersR 1972, 375; Urteil vom 12.3.1992 — VII ZR 334/90 [= MittBayNot 1992, 386] = ZfBR 1992, 161 = WM 1992, 1289). Rohrnetze der hier vorliegenden Art sind Tiefbauwerke, an deren Errichtung und Unterhaltung erhebliche bautechnische Anforderungen gestellt werden und die deshalb vom Zweck der Verjährungsfrist für Bauwerke in gleicher Weise wie die genannten Bauwerke erfaßt werden.

b) Geistige Leistungen, die der Errichtung eines Bauwerkes dienen, das sind vor allem die Leistungen der Architekten und Sonderfachleute, sind der Errichtung des Bauwerkes zuzuordnen. Auch für sie gilt nach der Rechtsprechung des Senats die Verjährungsregelung des § 638 BGB für Bauwerke (vgl. BGH, Urteil vom 18.9.1967 — VII ZR 88/65 = BGHZ 48, 257). Das ist bei den eigentlichen Bauarbeiten wie bei den zugehörigen geistigen Leistungen auch dann anzunehmen, wenn es um die grundlegende Erneuerung oder die Erweiterung eines Bauwerkes geht (vgl. BGH, Urteil vom 22.9.1983 — VII ZR 360/82 = BauR 1984, 64 = ZfBR 1984, 38 = NJW 1984, 168).

c) Nicht anders verhält es sich, wenn es um Arbeiten am Grundstück geht. Für planerische Leistungen, die solche Arbeiten am Grundstück betreffen, gilt die gleiche Verjährung wie für die geplanten Arbeiten am Grundstück.

2. Dies alles hat das Berufungsgericht nicht verkannt. Es meint jedoch, für die Leistungen der Beklagten fehle es an einem hinreichenden Bezug zu solchen Arbeiten am Grundstück. Dem kann nicht gefolgt werden.

a) Die hier erstellten Pläne sollen dem notwendigen laufenden Unterhalt der Anlage sowie etwa erforderlich werdenden größeren Baumaßnahmen dienen. Solche Unterhaltungsmaßnahmen am Bauwerk, durch die das Bauwerk nicht grundlegend erneuert werden soll, sind nach der Rechtsprechung des Senats den Arbeiten am Grundstück im Sinne von § 638 BGB zuzuordnen (vgl. etwa BGH, Urteil vom 7.1.1965 — VII ZR 110/63 = Schäfer/Finnern Z 2.414 Bl. 150; Urteil vom 9.3.1970 — VII ZR 200/68 = NJW 1970, 942). Das gilt auch für die von der Klägerin beabsichtigten Unterhaltungsmaßnahmen, denen u. a. das von der Beklagten erstellte Planwerk dienen soll.

b) Diesen Maßnahmen dienen die Arbeiten der Beklagten unmittelbar. (*Wird ausgeführt.*)

c) Daß die Pläne selbst solche Arbeiten nicht betrafen, ist nicht von Bedeutung. Auch andere vorbereitende Arbeiten, die nicht die eigentlichen Bauarbeiten betreffen, sind wie diese zu behandeln, wenn sie als Grundlage für Arbeiten am Bauwerk dienen sollen. Das gilt etwa für Bodengutachten (Senatsurteil vom 26.10.1978 — VII ZR 249/77 = BGHZ 72, 257). So ist das auch hier zu beurteilen.

3. Nach alledem durfte das Berufungsgericht hier nicht eine Verjährung von sechs Monaten zugrunde legen. Es gilt jedenfalls die einjährige Verjährungsfrist für Arbeiten an Grundstücken, so daß zumindest hinsichtlich der am 1.12.1989 abgenommenen Leistungen Gewährleistungsansprüche nicht verjährt sind. Es kann daher offenbleiben, ob die Planungsleistungen der Beklagten auch einen hinreichenden Bezug zu Arbeiten haben, die als „bei Bauwerken“ erbracht zu werten sind.

4. BGB § 530 Abs. 1 (*Widerruf einer Grundstücksüberlassung*)

Die hartnäckige Weigerung des Beschenkten, ein bei der Schenkung vorbehaltenes Recht später zu erfüllen, kann eine schwere Verfehlung i. S. des § 530 Abs. 1 BGB sein.

BGH, Urteil vom 5.2.1993 — V ZR 181/91 — mitgeteilt von D. Bundschuh, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Aufgrund notariellen Übergabevertrages vom 7.9.1972 übertrug die Klägerin ihrer einzigen Tochter, der Beklagten, „mit Rücksicht auf ihr künftiges Erbrecht“ ihren Grundbesitz mit Wohnhaus und Garage in S. lastenfrei. Sie behielt sich den lebenslangen Nießbrauch vor (§ 2 des Vertrages) und verpflichtete die Übernehmerin, auf Verlangen der Übergeberin ein Grundpfandrecht von 50.000 DM für einen Kredit der Mutter zu bestellen, „ohne daß die Mutter die Inanspruchnahme des Kredits gegenüber der Tochter begründen muß; (§ 6 des Vertrages).

Einer Aufforderung der Mutter vom 14.9.1988 zur Bestellung der Grundschuld kam die Beklagte nicht nach. In dem daraufhin angestregten Prozeß machte sie in ihrer Klageerwidern vom 26. 1. 1989 erstmals im wesentlichen geltend, die Mutter leide an paranoid anmutenden Befürchtungen und habe jeglichen Überblick verloren. Es bestehe auch weder ein finanzielles Bedürfnis einen Kredit aufzunehmen, um die Lebenskosten zu bestreiten, noch die Notwendigkeit von Unterhaltungsarbeiten am Haus. Die Beklagte ließ im 3. 1989 beim Amtsgericht S. unter Vortrag von Vorfällen aus den Jahren 1983 bis 1986 die Errichtung einer Gebrechlichkeitspflegschaft für ihre Mutter beantragen. Nach Einholung eines Gutachtens des Staatlichen Gesundheitsamts K. wies das Amtsgericht den Antrag der Beklagten zurück. Auf die Beschwerde der Beklagten hörte der Amtsrichter in ihrer Gegenwart und in Gegenwart einer Ärztin des Gesundheitsamtes die Klägerin und die Gutachterin an und half der Beschwerde nicht ab; das Landgericht K. wies die Beschwerde zurück. Es verurteilte die Beklagte, eine Grundschuld, wie von der Mutter verlangt, zu bestellen.

Mit Schreiben vom 5.10.1989 ließ die Klägerin die Schenkung gegenüber der Beklagten wegen groben Undanks, gestützt auf diese Vorfälle, widerrufen. Sie fordert von der Beklagten Rückauflassung des geschenkten Grundbesitzes und Eintragungsbewilligung.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben; das Berufungsgericht hat sie abgewiesen. Die hiergegen eingelegte Revision hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Das Berufungsgericht geht mit dem Landgericht, zu Recht, davon aus, daß hier eine Schenkung vorliegt. Dies wird von der Revisionserwidern zu Recht nicht in Frage gestellt. Der von der Schenkerin vorbehaltene Nießbrauch, stellt anders als die Vorinstanzen meinen, nicht einmal eine Gegenleistung dar, sondern mindert lediglich den Wert des Geschenkes (BGHZ 107, 156 ff. [= MittBayNot 1989, 206 = DNotZ 1989, 775]).

2. Das Berufungsurteil kann jedoch deshalb nicht bestehenbleiben, weil es eine hinreichende Auseinandersetzung mit dem Prozeßstoff, insbesondere dazu vermissen läßt, ob die Behauptung der Beklagten, sie habe lediglich aus familiärer Fürsorge gehandelt, durch ihr tatsächliches Vorbringen gestützt wird.

a) Ein grundloser Entmündigungsantrag kann eine als grober Undank zu wertende schwere Verfehlung im Sinne des § 530 Abs. 1 BGB darstellen (Senatsurteil vom 11.1.1980, V R 155/78, NJW 1980, 1790). Dies könnte hier insbesondere deshalb gelten, weil die Beklagte nicht nur Beschwerde gegen die Zurückweisung des Antrages eingelegt, sondern diese selbst dann noch weiterverfolgt hat, als der Amtsrichter nach Einholung eines Gutachtens des staatlichen Gesundheitsamtes die Mutter und die Gutachterin in ihrer Gegenwart persönlich angehört und der Beschwerde dann nicht abgeholfen hatte. (*Wird ausgeführt*)

b) Das Berufungsgericht setzt sich zudem nicht ausreichend damit auseinander, daß die Klägerin ihren Schenkungswiderruf auch auf die Weigerung der Beklagten gestützt hat, die im Schenkungsvertrag zugesagte Bewilligung zur Eintragung einer Grundschuld auf dem geschenkten Grundstück zu erteilen. Anders als die Beklagte meint, ist offensichtlich, daß die Frist des § 532 BGB bei Widerruf der Schenkung Anfang 10. 1989 noch nicht abgelaufen war. (*Wird ausgeführt*)

aa) Die hartnäckige Weigerung, ein bei der Schenkung vorbehaltenes Wohnrecht zu erfüllen, hat der Senat ebenso schon als schwere Verfehlung gewertet (z. B. Urteil vom 30.3.1984, V ZR 241/82) wie die Weigerung, eine dem Schenker vorbehaltene Nutzung des Gartens zu gewähren (Urteil vom 27.9.1991, V ZR 55/90, WM 1992, 71 ff). Nicht anders stellt sich hier die Weigerung dar, der Schenkerin auf Verlangen, wie bei der Schenkung zugesagt, auf dem geschenkten Grundstück die Eintragung einer Grundschuld zu bewilligen. Daß diese Weigerung ebenfalls aus familiärer Fürsorge geschehen sein könnte, ist weder dem Vortrag der Beklagten noch dem Inhalt der beigezogenen Akten zu entnehmen.

bb) Die Beklagte hat im Vorprozeß die Weigerung zwar in erster Linie mit der mangelnden Prozeßfähigkeit der Klägerin begründet; sie hat aber nicht etwa für den Fall der nach ihrer Behauptung nötigen Pflegerbestellung die Abgabe der Bewilligung zugesagt oder auch nur in Aussicht gestellt. Sie hat ihre Weigerung vielmehr, worauf die Klägerin in den Vorinstanzen und in der Revisionsinstanz auch ausdrücklich abgehoben hat, darauf gestützt, die Klägerin habe noch keinen Kredit in Anspruch genommen; zudem bestehe für die Bewilligung weder ein finanzielles Bedürfnis zur Bestreitung von Lebenskosten der Klägerin noch die Notwendigkeit irgendwelcher Unterhaltungsarbeiten am Haus. Dies legt die Erwägung nahe, die Beklagte habe nicht aus Sorge um die Mutter gehandelt, sondern aus dem eigenen Interesse, die Zusage nicht einhalten zu müssen (vgl. dazu auch Senatsurteil vom 30.1.1970, V ZR 41/67, LM BGB § 530 Nr. 6 a. E. zum Gesichtspunkt berechtigter Interessenwahrnehmung). . . .

5. BGB §§ 276 463 Satz 2 (Umfang der Aufklärungspflicht des Grundstücksverkäufers)

Treten nach einer Fassadenrenovierung erneut Wölbungen auf, die beim ersten Mal auf Nässe in der Wandverkleidung zurückzuführen waren, muß der Grundstücksverkäufer hierauf bei Vertragsschluß auch dann hinweisen, wenn der Werkunternehmer der Aufforderung zur Besichtigung und Nachbesserung mit dem Hinweis nicht nachgekommen ist, leichte Wölbungen seien bei solchen Fassaden normal.

BGH, Urteil vom 5.3.1993 — V ZR 140/91 — mitgeteilt von D. Bundschuh, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Mit notariellem Vertrag vom 28.1.1988 kauften der Rechtsvorgänger der Kläger zu 2 und 3 sowie die Klägerin zu 1 (im folgenden: die Kläger) von den Beklagten ein mit einem Fertighaus bebautes Grundstück unter Ausschluß jeder Gewährleistung für Sachmängel. Die Beklagten blieben auch nach der am 1.2.1988 erfolgten Übergabe noch bis Ende 8. 1988 in dem Haus wohnen. Seit 9. 1988 haben die Kläger das Haus an einen Dritten vermietet.

Die Fassade des Hauses war im Frühjahr 1985 von dem Malermeister Z. renoviert worden, nachdem die Beklagten an der Westseite einen Rib, Wölbungen und Flecken an den auf einer Balkenkonstruktion angebrachten verputzten Spanplatten entdeckt hatten. Bei den Arbeiten wurden bis auf 90 cm fast die gesamte Westfassade und Teile der Ostfassade geöffnet. Dabei zeigte sich, daß die Spanplatten und Latten teilweise naß und die dahinter befindlichen Balken angefault waren. Die Platten und Latten wurden ausgetauscht und ein neuer Verputz und Anstrich aufgetragen. Nachdem 1986 wiederum Wölbungen aufgetreten waren, versuchten die Beklagten mehrfach ohne Erfolg, Z. zu einer Besichtigung, Untersuchung und Nachbesserung zu veranlassen.

Im Oktober 1988 wies der Mieter die Kläger auf Risse und Wölbungen in der Westfassade hin. Die Kläger leiteten ein Beweissicherungsverfahren ein. Der gerichtlich bestellte Sachverständige gelangte in seinem Gutachten vom 12.4.1989 zu dem Ergebnis, daß dem Haus

elne Dampfsperre fehlt und es wegen des Kunstharzverputzes zur Kondensationsfeuchtigkeit hinter der Fassade kommt. Der Sachverständige stellte außerdem fest, daß das Holz teilweise bis in eine Tiefe von 40 mm verfault war.

Mit Schreiben vom 22.5.1989 erklärten die Kläger die Anfechtung des Kaufvertrages wegen arglistiger Täuschung. Sie verlangen die Rückzahlung des Kaufpreises (275.500 DM) sowie Ersatz von Maklerkosten (8.013,60 DM), Notariatskosten (1.385,45 DM + 1.052 DM) und der Grunderwerbssteuer (5.510 DM), d. h. insgesamt die Zahlung von 291.461,05 DM nebst Zinsen, Zug um Zug gegen Rücküberweisung des Grundstücks. Die Beklagten behaupten, den Makler gedrängt zu haben, die Käufer auf die Wölbungen hinzuweisen. Außerdem hätten sie im Notartermin bei Erörterung des Gewährleistungsausschlusses geäußert, daß die Kläger von den Wölbungen unterrichtet seien.

Das Landgericht hat die Beklagten antragsgemäß verurteilt, das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen. Hiergegen wendet sich die Revision. Die Beklagten beantragen die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Aus den Gründen:

Die Berufung ist zulässig. (*Wird ausgeführt*) ...

III. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die Wölbungen als solche, wie sie bis zum Verkauf wieder aufgetreten sind, zwar keinen Fehler, wohl aber einen Umstand darstellen, den die Beklagten selbst als für den Vertragsschluß nicht bedeutungslos angesehen, tatsächlich aber — entgegen ihrer Behauptung — nicht offengelegt haben. Daraus ergibt sich, daß die Beklagten die Kläger auf die Wölbungen wenigstens hinweisen wollten. Damit stellt sich die — vom Berufungsgericht nicht geprüfte — Frage, ob die Klage nicht unter dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo begründet ist.

Dies ist zu bejahen.

Selbst wenn man in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht allein in dem Wiederauftreten von — nicht ohne weiteres erkennbaren — Wölbungen noch keinen Mangel der Hausfassade sieht, so handelt es sich doch aufgrund der Vorgeschichte wenigstens um einen für den Vertragsabschluß bedeutsamen und deswegen offenbarungspflichtigen (vgl. Senatsurteile vom 7. 6. 1978, V ZR 46/75, WM 1978, 1073, 1074; vom 10.6.1988, V ZR 125/87, WM 1988, 1449 [= DNotZ 1989, 306]) Umstand, zumal den Beklagten die ausdrückliche Erklärung abverlangt worden war, verdeckte Mängel seien ihnen nicht bekannt (vgl. Senatsurt. vom 10. 7. 1963, V ZR 66/62, WM 1963, 967, 968).

Die Tatsache, daß nur gut ein Jahr nach der Fassadenrenovierung erneut Wölbungen aufgetreten sind, ließ es zumindest als möglich erscheinen, daß die Renovierungsarbeiten nicht fachgerecht, also mangelhaft ausgeführt worden waren. In diesem Fall bestand aber die Gefahr, daß die von Z. und den Beklagten angenommene Ursache der Feuchtigkeitsbildung, nämlich Risse in der Fassade, zumindest wieder neu hätte auftreten können. Deswegen mußten die Beklagten die Kläger darauf hinweisen, daß die Fassade 1985 wegen Feuchtigkeitsschäden durch Z. renoviert worden sei, inzwischen jedoch erneut Wölbungen aufgetreten seien und man Z. wiederholt zur Nachbesserung aufgefordert habe.

Diese Aufklärung haben die Beklagten unterlassen. Nach den getroffenen Feststellungen haben sie die neuerlichen Wölbungen gekannt und als so bedeutsam angesehen, daß sie die Kläger hierauf unbedingt hinweisen wollten. Dies rechtfertigt den Vorwurf der Arglist. Damit steht den Klägern ein Schadensersatzanspruch wegen Verschuldens bei Vertragsabschluß zu. Dieser Anspruch ist durch die kaufvertraglichen Gewährleistungsvorschriften nicht ausgeschlossen (BGHZ 60, 319; Senatsurteil vom 10.7.1987, V ZR 236/85, NJW-RR 1988, 10, 11).

Der Schadensersatzanspruch ist auf die Rückgängigmachung des Vertrages gerichtet (Senatsurteile vom 8.12.1989, V ZR 259/87, WM 1990, 479; vom 22.2.1991, V ZR 299/89, NJW 1991, 1673) und erfaßt sowohl die Rückzahlung des Kaufpreises als auch die Erstattung der geltend gemachten Makler- und Notarkosten. Die Grunderwerbsteuer können die Kläger im Wege der Vorteilsausgleichung dagegen nur Zug um Zug auch gegen Abtretung eines etwaigen Anspruchs auf Erstattung dieser Steuer ersetzt verlangen.

6. ZPO §§ 304, 538 Abs. 1 Nr. 3, 540; BGB § 249 (*Deliktsrechtliche Haftung bei Nutzungsstörungen*)

1. Die Frage, ob selbständige Rechnungsposten eines einheitlichen prozessualen Anspruchs auf Ersatz des Schadens aus Rechtsgründen überhaupt ersatzfähig sind, gehört in der Regel nicht zum Grund des Anspruchs i. S. des § 304 ZPO.
2. Das Berufungsgericht kann die vom Landgericht im Grundurteil ausgeklammerte Rechtsfrage der Ersatzfähigkeit der Schadensposten mitentscheiden, wenn die Parteien sie zum Gegenstand des Berufungsverfahrens gemacht haben und eine Entscheidung hierüber sachdienlich ist.
3. Der deliktsrechtliche Anspruch auf Ersatz fiktiver Reparaturkosten für Haus und Garten geht mit der Veräußerung des Grundstücks unter (Bestätigung von BGHZ 81, 385).
4. Die Vorenthaltung des Gebrauchs einer Garage ist deliktsrechtlich im Regelfall nicht entschädigungspflichtig.
5. Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen für die Störung des Gebrauchs einer selbstgenutzten Wohnung nach Deliktsrecht eine Entschädigung zu zahlen ist.

BGH, Urteil vom 5.3.1993 — V ZR 87/91 — mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Kläger waren Eigentümer eines Hausgrundstückes, das an einem Hang oberhalb des Geländes liegt, das dem früheren Beklagten zu 1 gehört. Dieser beabsichtigte, auf seinem Grundstück ein Haus im Selbstbausystem zu errichten, das von einer Stahl-Beton-Gesellschaft (SBG) vertrieben wurde. Der Beklagte zu 2 erhielt den Auftrag, die Entwurfsplanung zu 70% und die Genehmigungsplanung zu 100% zu erstellen. Die Tragwerksplanung sollte von der SBG geliefert werden. Nach Erteilung der Baugenehmigung begann der hiermit beauftragte Beklagte zu 4 nach wochenlangen Regenfällen mit dem Aushub der Baugrube, ohne daß die Standsicherheit der Baugrube rechnerisch nachgewiesen war. Er schnitt hierbei den Hangfuß an. Bereits während der Aushubarbeiten rutschte der Hang geringfügig ab. Der Beklagte zu 1 veranlaßte, daß die Böschung mit Plastikplanen abgedeckt und daß am Böschungsfuß Peiner-Träger eingerammt wurden. Nach Abschluß der Aushubarbeiten rutschten Teile des Grundstücks der Kläger ab. Im Hang traten Bruchkanten auf. In der Folgezeit zeigten sich am Haus der Kläger und an anderen Wohnhäusern in der Nachbarschaft Risse.

Die Kläger haben ihr Grundstück inzwischen veräußert. Sie verlangen von den Beklagten nunmehr Ersatz der fiktiven Kosten für eine Sanierung von Haus und Rasen (5.985 DM + 8.468 DM), eine Nutzungsausfallentschädigung für Garage und Wohnung (175 DM + 3.736,5 DM) sowie Ersatz einer Wertminderung von 50.000 DM, d. h. insgesamt einen Betrag von 68.364,25 DM nebst Zinsen.

Das Landgericht hat die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Die hiergegen von beiden Beklagten eingelegten Revisionen hat der Senat nur hinsichtlich des Anspruchs auf Ersatz der Reparaturkosten und auf Zahlung einer Nutzungsausfallentschädigung angenommen. Die Beklagten verlangen insoweit Klageabweisung. Die Kläger beantragen die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hält beide Beklagte gemäß §§ 823 Abs. 2, 909 BGB dem Grunde nach für verpflichtet, den Klägern grundsätzlich auch die fiktiven Kosten einer Reparatur von Haus und Rasen zu ersetzen sowie eine Nutzungsausfallentschädigung für Garage und Wohnung zu zahlen. Dies hält der rechtlichen Prüfung nicht stand.

II. ...

In der Sache ist die Rechtsansicht des Berufungsgerichts jedoch unzutreffend.

2. Soweit die Kläger Erstattung von Kosten einer — nicht durchgeführten — Reparatur des Hauses und des Rasens verlangen, ist der Schadensersatzanspruch nach der Rechtsprechung des Senats mit der Veräußerung des Grundstücks untergegangen (BGHZ 81, 385, 390). Hieran ändert sich auch dadurch nichts, daß die Kläger sich verpflichtet haben, etwaige Zahlungen an die Erwerber weiterzuleiten.

An dieser Auffassung hält der Senat trotz Kritik (vgl. Münch-KommB/Grunsky, 2. Aufl., § 249 Rdnr. 15 a) fest. Der Anspruch auf Ersatz der Herstellungskosten gem. § 249 Satz 2 BGB ist dem Wortlaut und der Konzeption des Gesetzes nach nur eine besondere Form der Naturalrestitution und deshalb grundsätzlich davon abhängig, daß eine solche Herstellung noch erfolgen kann (BGHZ 81, 385, 388; Hagen in Lange/Hagen, Wandlungen des Schadensersatzrechts, S. 75 f., 77, 78). Veräußert der Eigentümer die beschädigte Sache, bevor er den Anspruch nach § 249 Satz 2 BGB durchsetzt, so kann der mit § 249 Satz 1 und 2 BGB verfolgte Zweck, das Interesse des Geschädigten an der Integrität seines Rechtsguts zu schützen, nicht mehr erreicht werden. Für die Aufrechterhaltung des Herstellungsanspruchs in einer seiner beiden Erscheinungsformen ist dann auch aus dem Gesichtspunkt der Dispositionsfreiheit des Geschädigten (vgl. BGHZ 63, 182, 184) kein Raum mehr (BGHZ 81, 385, 391).

Soweit der Bundesgerichtshof hiervon Ausnahmen zugelassen hat, betreffen sie andere — nicht vergleichbare — Sachverhalte, nämlich die Beschädigung beweglicher Sachen, vor allem von Kraftfahrzeugen (vgl. BGHZ 66, 239, 241; Urteil vom 5.3.1985, VI ZR 204/83, NJW 1985, 2429), und die werkvertragliche Gewährleistungshaftung bei Bauleistungen (BGHZ 99, 81 f.).

Die Rechtsprechung zu den Kraftfahrzeugschäden beruht auf dem Gedanken, daß die wirtschaftlich sinnvolle Nutzung eines Personenkraftwagens die Wiederherstellung seiner Gebrauchsfähigkeit praktisch voraussetzt und die Reparaturpreise wegen ihrer Standardisierung leicht taxierbar sind (vgl. BGHZ 54, 82, 86; 66, 239, 244; Soergel/Mertens, BGB 12. Aufl., § 249 Rdnr. 27; Staudinger/Medicus, BGB, 12. Aufl., § 249 Rdnr. 220 f.). Diese Gesichtspunkte sind auf Grundstücke nicht übertragbar.

Die Rechtsprechung zum Schadensersatzanspruch nach § 635 BGB oder § 13 Nr. 7 VOB beruht auf den Besonderheiten und der Interessenlage der Parteien des Werkvertrages (BGHZ 99, 81, 87).

Die Auffassung des erkennenden Senats führt auch nicht zu einem unbilligen Ergebnis, weil die Beschädigung eines Grundstücks in der Regel dessen Wert mindert und etwa erforderliche Wiederherstellungsaufwendungen bei der Bemessung des — auch hier beanspruchten — Minderwertes Berücksichtigung finden können. Soweit die Rechtsprechung den Ersatz von Reparaturkosten auch dann noch

zubilligt, wenn diese die Minderung des Verkehrswerts in bestimmten Grenzen übersteigen (vgl. Staudinger/Medicus, BGB, 12. Aufl., § 251 Rdnr. 21 m. w. N.), beruht dies auf dem Vorrang des Integritätsinteresses vor dem Wertausgleichsinteresse. Der Anspruch wird daher nur dann zugebilligt, wenn der Geschädigte sein Fahrzeug behält und die Reparatur ausführen läßt (BGH, Urteil vom 5.3.1985, VI ZR 204/83, NJW 1985, 2469). Entfällt diese Voraussetzung, weil der Eigentümer die beschädigte Sache — wie hier — veräußert, besteht aber für den erkennenden Senat auch aus Billigkeitsgründen kein Anlaß mehr, in solchen Fällen die Ersatzfähigkeit (fiktiver) Reparaturkosten überhaupt anzuerkennen und den Geschädigten nicht auf den Wertausgleich des Vermögens zu verweisen.

Die Klage ist daher in Höhe der geltend gemachten Reparaturkosten unschlüssig.

3. Die Kläger können auch keine Entschädigung dafür verlangen, daß ihnen die Zufahrt zur Garage zeitweise versperrt war. Nach den von dem Großen Senat für Zivilsachen des Bundesgerichtshofes für die Anerkennung des Verlustes der Nutzung einer Sache als Vermögensschaden aufgestellten Grundsätzen ist die Bewertung eines Nutzungsausfalls als Vermögensschaden auf solche Wirtschaftsgüter von zentraler Bedeutung beschränkt, auf deren ständige Verfügbarkeit die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung des Betroffenen typischerweise angewiesen ist (BGHZ 98, 212, 220, 222). Hierzu zählt eine Garage im Regelfall nicht. Die in BGHZ 96, 124 veröffentlichte Entscheidung des VII. Zivilsenats ist speziell auf das werkvertragliche Gewährleistungsrecht zugeschnitten und wäre für den deliktischen Bereich durch die Entscheidung des Großen Senats für Zivilsachen überholt. Ob etwas anderes ausnahmsweise dann zu gelten hat, wenn die Garage in zumutbarer Entfernung die einzige Abstellmöglichkeit für das Fahrzeug darstellt, kann offenbleiben, weil dieser Fall hier nicht vorliegt.

4. Die Klage ist auch insoweit unschlüssig, als die Kläger eine Entschädigung dafür verlangen, daß sie die Terrasse und den Garten wegen des Lärms der zur Entwässerung des Hangs in unmittelbarer Nähe installierten Pumpenantriebsaggregate zeitweise nicht nutzen konnten. Terrasse und Garten gehören wie die Garage in der Regel nicht zu den nach der Rechtsprechung des Großen Senats für Zivilsachen geschützten Wirtschaftsgütern.

Anders verhält es sich dagegen mit der selbstgenutzten Wohnung. Hier ist jedoch anerkannt, daß kurzfristige und durch zumutbare Umdispositionen auffangbare Beeinträchtigungen des Gebrauchs im Unterschied zu der vorübergehenden Vorenthaltung des Gebrauchs (vgl. Senatsurteile vom 31.10.1986, V ZR 140/85, NJW 1987, 771, 772; BGHZ 117, 260) und anders als der Verlust des vertraglich eingeräumten Nutzungsrechts an einem Ferienhaus (BGHZ 101, 325, 333 f.) nicht entschädigungspflichtig sind (BGHZ (GS) 98, 212, 224). Etwas anderes kommt nur dann in Betracht, wenn die Störung des Gebrauchs so nachhaltig war, daß sie objektiv dem Entzug der Nutzung nahekommt, der Betroffene also bei vernünftiger Betrachtung sich eine Ersatzwohnung hätte beschaffen dürfen, nicht dagegen, wenn nur einzelne Räume der Wohnung in Mitleidenschaft gezogen waren (Soergel/Mertens, BGB, 12. Aufl., vor § 249 Rdnr. 87). Das Vorliegen dieser Voraussetzungen haben die Kläger jedoch nicht genügend dargelegt.

Ob für den verschuldensunabhängigen nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruch nach § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB entspre-

chend den Grundsätzen zur Entschädigung bei enteignenden Eingriffen (vgl. BGH, Urteil vom 29.3.1984, III ZR 11/83, NJW 1984, 1876, 1878) auch geringere Beeinträchtigungen ersatzfähig sind, kann dahingestellt bleiben. Ein solcher Anspruch kommt gegen die Beklagten als den am Bau beteiligten Architekten und den Werkunternehmer nämlich nicht in Betracht (BGHZ 101, 290, 294) und ist auch nicht geltend gemacht.

7. BGB § 331 (Vorversterben der Begünstigten bei Vertrag zu Gunsten Dritter auf den Todesfall)

- 1. Bei Vorversterben des gem. § 331 BGB Begünstigten steht das Recht auf die Leistung im Zweifel dem Versprechensempfänger zu oder fällt in dessen Nachlaß, soweit kein Ersatzbegünstigter benannt worden ist.**
- 2. Für die Auslegung der rechtsgeschäftlichen Vereinbarung, durch die der Anspruch aus § 331 BGB begründet wird, sind §§ 133 und 157 BGB maßgebend. Die besonderen erbrechtlichen Auslegungsregeln für letztwillige Verfügungen sind dagegen auch nicht entsprechend anwendbar.**

BGH, Urteil vom 12.5.1993 — IV ZR 227/92 — mitgeteilt von D. Bundschuh, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

In ihrem Testament vom 2.2.1976 hatte die am 16.7.1989 verstorbene Frau B. (Erblasserin) der Klägerin, ihrer Großnichte, ein Reihenhaus hinterlassen; ihren Sohn, der mit der Beklagten verheiratet war und zwei Kinder hat, bedachte sie im wesentlichen mit einem Sparguthaben, das sie am 5.1.1976 auf seinen Namen hatte umschreiben lassen (letzter Stand rund 86.000 DM). Das Sparguthaben behielt die Erblasserin bei sich.

Der Sohn verunglückte am 24.5.1984 tödlich und wurde ausweislich eines Erbscheins vom 13.8.1984 von der Beklagten allein beerbt. Am 1.10.1986 vereinbarte die Erblasserin mit der Sparkasse eine Hinterlegung des auf den Namen ihres Sohnes lautenden Sparguthabens. Der Hinterlegungsschein, den die Erblasserin bei sich verwahrte, gelangte nach ihrem Tod in die Hände der Mutter der Klägerin, die sich um den Nachlaß kümmerte. Sie sandte ihn auf Bitten eines der Enkelkinder, die Pflichtteilsansprüche verfolgten, am 18.8.1989 an die Beklagte. Diese legte ihn der Sparkasse vor, erhielt das Sparguthaben und ließ sich Ende September 1989 das Guthaben auszahlen. Die Klägerin erlangte am 27.12.1989 den Erbschein, der sie als Alleinerbin nach der Erblasserin ausweist.

Die Klägerin vertritt den Standpunkt, mit dem Tod des Sohnes sei eine eventuelle Begünstigung gemäß § 331 BGB entfallen und das Vermächtnis gemäß § 2160 BGB unwirksam geworden; das Sparguthaben falle daher in den Nachlaß. Sie fordert von der Beklagten 10.000 DM als erstrangigen Teilbetrag sowie 7% Verzugszinsen seit dem 25.3.1990. Die Beklagte meint, sie sei an die Stelle ihres verstorbenen Ehemannes getreten.

Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Die zugelassene Revision der Klägerin führt zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Aus den Gründen:

1. Das Berufungsgericht sieht im Anschluß an das Urteil des Bundesgerichtshofs BGHZ 46, 198ff., in der Umschreibung des in der Hand der Erblasserin verbliebenen Sparguthabens auf den Namen ihres Sohnes am 5.1.1976 eine Vereinbarung mit der Sparkasse, dem Sohn den Anspruch auf das Guthaben gem. § 331 Abs. 1 BGB zuzuwenden, soweit es beim Tod der Erblasserin noch vorhanden sein würde; darin liege zugleich ein Schenkungsangebot.

Der Sohn der Erblasserin habe bis zu seinem Tod keine Rechte auf das Sparguthaben erworben, die auf die Be-

klage im Wege der Erbfolge hätten übergehen können. Eine Gesamtwürdigung der Umstände des vorliegenden Falles spreche gegen die Annahme, daß die Erblasserin das Sparguthaben im Falle eines Vorversterbens ihres Sohnes dessen Erben habe überlassen wollen. Dabei sei zu berücksichtigen, daß das Verhältnis der Erblasserin zur Beklagten unstreitig nicht gut gewesen sei. Vielmehr habe die Erblasserin das Sparguthaben bei einem vorzeitigen Tod ihres Sohnes dessen Kindern zuwenden wollen. Sie stünden ihr am nächsten. Diese Auslegung sei im Hinblick auf § 2069 BGB nicht zu weit hergeholt; diese erbrechtliche Regelung sei vielmehr auch für das Recht auf eine Leistung nach dem Todesfall gem. § 331 BGB von Bedeutung.

Da das Guthaben den Enkelkindern zugedacht sei, habe die Beklagte zwar als Nichtberechtigte über das Sparguthaben verfügt. Gleichwohl stünden der Klägerin keine Ansprüche gegen die Beklagte zu. Denn die Erblasserin habe das Sparguthaben nicht der Klägerin zugewendet. Die Beklagte habe nichts auf Kosten der Klägerin erlangt, sondern allenfalls auf Kosten ihrer Kinder.

2. Die Revision weist zutreffend darauf hin, daß bei Vorversterben des gem. § 331 BGB Begünstigten das Recht auf die Leistung im Zweifel dem Versprechensempfänger, hier der Erblasserin, zusteht oder in ihren Nachlaß fällt, soweit kein anderer Begünstigter benannt worden ist (MK/Gottwald, 2. Aufl. § 331 BGB Rdnr. 1; Staudinger/Kaduk, BGB 12. Aufl. § 331 Rdnr. 4 und 10; vgl. auch Soergel/Hadding, BGB 12. Aufl. § 331 Rdnr. 7). Zwar ist nicht ausgeschlossen, daß sich aus der Auslegung der Vereinbarungen zwischen der Erblasserin und der Sparkasse die stillschweigende Benennung eines ersatzweise Begünstigten ergeben kann. Ein dahingehender Wille der Erblasserin hätte aber der Sparkasse erkennbar und auch von ihrem Vertragswillen mitumfaßt sein müssen (vgl. BGHZ 46, 198, 202; Urteil vom 19.10.1983 — IVa ZR 71/82 — NJW 1984, 480 [= DNotZ 1984, 692]). Für die Auslegung der rechtsgeschäftlichen Vereinbarung, durch die der Anspruch aus § 331 BGB begründet wird, sind §§ 133 und 157 BGB maßgebend. Die besonderen erbrechtlichen Auslegungsregeln für letztwillige Verfügungen sind dagegen auch nicht entsprechend anwendbar.

Das hat das Berufungsgericht verkannt. Seine Auslegung richtet sich lediglich darauf, den mutmaßlichen Willen der Erblasserin zu ermitteln. Daß der Sparkasse bei der Umschreibung des Sparguthabens auf den Namen des Sohnes am 5.1.1976 ein Wille der Erblasserin erkennbar gewesen wäre, ersatzweise ihre Enkelkinder zu begünstigen, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Danach kann von einer Begünstigung der Enkelkinder gem. § 331 BGB nicht ausgegangen werden.

3. Darüber hinaus trifft die Ansicht des Berufungsgerichts nicht zu, die Klage sei schon deshalb abzuweisen, weil die Erblasserin das Sparguthaben jedenfalls nicht der Klägerin zugedacht habe. Selbst wenn die Erblasserin die Enkelkinder als Ersatzbegünstigte benannt hätte, könnten sie, wie das Berufungsgericht nicht verkennt, das Sparguthaben nur behalten, wenn in ihrem Verhältnis zur Erblasserin oder deren Erben (Valutaverhältnis) eine rechtswirksame Schenkung vorliegt. Andernfalls müßten sie den Anspruch oder das daraus Erlangte als ungerechtfertigte Bereicherung den Erben herausgeben (BGH, Urteil vom 14.7.1976 — IV ZR 123/75 — WM 1976, 1130 unter II; BGHZ 91, 288, 290 f. m. w. N.). Ob die Enkelkinder den vom Berufungsgericht angenommenen Anspruch aus § 331 BGB der Klägerin gegen-

über mit Rechtsgrund erworben haben, hat das Berufungsgericht ausdrücklich offengelassen.

4. Der Klägerin stünde der geltend gemachte Anspruch gegen die Beklagte allerdings nur zu, wenn das Spargut haben in den Nachlaß gefallen wäre, weil anstelle des verstorbenen Sohnes der Erblasserin kein Ersatzbegünstigter bestimmt worden ist, oder wenn es jedenfalls an einem wirksamen Valutaverhältnis fehle. Die Beklagte hat jedoch behauptet, die Erblasserin habe mit der Sparkasse schon bei der Umschreibung des Sparbuchs auf den Namen ihres Sohnes ausdrücklich vereinbart, daß die Erben des Sohnes ersatzweise begünstigt werden sollten. Für diesen von der Klägerin bestrittenen Vortrag hat die Beklagte keinen Beweis angetreten. Deshalb hat das Berufungsgericht gemeint, das Vorbringen der Beklagten sei für die Entscheidung des Rechtsstreits ohne Bedeutung.

Im Rahmen des § 816 Abs. 2 BGB trifft die Beweislast für die Nichtberechtigung des Leistungsempfängers jedoch den Anspruchsteller, also die Klägerin (BGH, Beschluß vom 29. 10. 1987 — III ZR 210/86 — BGHR BGB § 816 Abs. 2 Beweislast 1; Urteil vom 12. 4. 1978 — IV ZR 68/77 — NJW 1978, 2027). Wenn das Vorbringen der Klägerin zutreffen würde, wäre der Beklagten mit dem Sparbuch ein Schenkungsangebot der Erblasserin zugegangen, das die Beklagte mangels Widerrufs der Erben auch nach dem Erbfall noch hätte annehmen und damit der Zuwendung im Verhältnis zur Klägerin den rechtfertigenden Grund zum Behalten verschaffen können. Die Sparkasse hätte die der Beklagten im Valutaverhältnis zgedachte Leistung erbracht und damit den Schenkungsvertrag erfüllt. Die Klägerin, die dieses Vorbringen bestreitet und die Leistung zurückfordert, ist für das Fehlen des Rechtsgrundes beweispflichtig. Wer einen Bereicherungsanspruch aus Leistungskondition geltend macht, hat die Tatsachen, aus denen die begehrte Rechtsfolge hergeleitet wird, also das Nichtbestehen eines Rechtsgrundes der erbrachten Leistung, in vollem Umfang zu beweisen (BGH, Urteil vom 9. 6. 1992 — VI ZR 215/91 — BGHR § 812 Abs. 1 Satz 1 Beweislast 3). Das hat das Berufungsgericht verkannt, wie die Beklagte mit Recht rügt.

8. BGB §§ 242, 528, 529; BGHG § 90 (*Haftungsverhältnisse nach § 528 BGB zwischen mehreren Beschenkten*)

Mehrere gleichzeitig Beschenkte (hier: Grundstückübertragung im Wege vorweggenommener Erbfolge mit Zahlung eines Gleichstellungsgeldes an den Bruder des Übernehmers) haften nach § 528 BGB gleichrangig nebeneinander. (Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Frankfurt a.M., Urteil vom 8.1.1993 — 25 U 162/92 —

Aus dem Tatbestand:

Die Eltern des Beklagten waren Eigentümer des Hausgrundstücks in K. Dieses Grundstück übertrugen sie durch notariellen Übergabevertrag vom 17.3.1988 unter Vorwegnahme späterer Erbfolge dem Bruder des Beklagten. Dieser verpflichtete sich in dem Verträge (§ 6), an den Kläger unter Begründung eines unmittelbaren Forderungsrechtes einen Betrag von 80.000,— DM als Ausgleich zu zahlen. Diese Zahlung ist Anfang Juni 1988 erfolgt.

Die Eltern des Beklagten sind inzwischen pflegebedürftig und deshalb in dem Pflegeheim in B. untergebracht. Sie sind nicht in der Lage, die entstehenden Pflegekosten aus eigenen Einkünften vollständig zu begleichen. Deshalb hat der Klägerinnen für die Zeit nach dem 1.2.1991 Sozialhilfeleistungen erbracht und gegen den Beklagten

ten gerichtete Rückforderungsansprüche aus dem Verträge vom 17.3.1988 durch rechtskräftig gewordene Verfügung vom 7.1.1992 auf sich übergeleitet (§ 90 BSHG).

Mit der Klage hat der Kläger von dem Beklagten die Zahlung von 21.079,64 DM nebst Zinsen verlangt und dazu vorgegetragen, dieser Betrag erreiche sich aus den von dem Kläger für die Eltern des Beklagten in der Zeit von Februar 1991 bis März 1992 aufgewendeten Sozialhilfeleistungen, die nicht durch eigene Einkünfte der Eltern gedeckt seien. Der Beklagte schulde insoweit seinen Eltern wegen deren Verarmung die Herausgabe des ihm zugekommenen Geschenke; dieser Rückforderungsanspruch stehe aus übergeleitetem Recht nunmehr dem Kläger zu.

Das Landgericht hat die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Dagegen richtet sich die Berufung des Beklagten, der die Auffassung vertritt, wenn der Kläger Aufwendungen für die Eltern des Beklagten gehabt habe, so könne er diese Aufwendungen nur in halber Höhe von dem Beklagten ersetzt verlangen. Zur anderen Hälfte sei der Bruder des Beklagten zur Zahlung verpflichtet. Ein Schenker könne im Falle gleichzeitiger Schenkung an mehrere nicht von einem Beschenkten allein aufgrund einer Verarmung das Geschenk zurückverlangen und es dem anderen belassen.

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung des Beklagten hat keinen Erfolg.

Die Klage ist dem Grunde nach gerechtfertigt. Das ergibt sich aus den Vorschriften der §§ 90 Abs. 1 und 2 BSHG i. V.m. § 528 Abs. 1 BGB.

Unstreitig hat der Kläger als überörtlicher Sozialhilfeträger Sozialhilfeleistungen, nämlich Hilfe zur Pflege der Eltern des Beklagten erbracht. Hat aber ein Hilfeempfänger für die Zeit, für die Hilfe gewährt wird, einen Anspruch gegen einen anderen, der kein Leistungsträger ist, kann der Träger der Sozialhilfe durch schriftliche Anzeige an den anderen bewirken, daß dieser Anspruch bis zur Höhe seiner Aufwendungen auf ihn übergeht (§ 90 Abs. 1 Satz 1 BSHG). Die schriftliche Anzeige bewirkt den Übergang des Anspruchs für die Zeit, für die dem Hilfeempfänger die Hilfe ohne Unterbrechung gewährt wird (§ 90 Abs. 2 BSHG). Diese Voraussetzungen liegen nach dem Vorbringen des Klägers hier vor

Bei dem auf den Kläger sonach übergeleiteten Anspruch handelt es sich um das Recht der Eltern des Beklagten, von dem Beklagten die Herausgabe eines Geschenke nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zu fordern. Dieses Recht ergibt sich aus § 528 Abs. 1 BGB. Soweit nämlich der Schenker nach der Vollziehung der Schenkung außerstande ist, seinen angemessenen Unterhalt zu bestreiten, kann er nach dieser Bestimmung von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenke nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern. Auch diese Voraussetzungen liegen mit Rücksicht auf den Betrag in Höhe von 80.000,— DM, der dem Beklagten aufgrund des notariellen Vertrages vom 17.3.1988 zugeflossen ist, hier vor, wie das Landgericht gleichfalls zutreffend ausgeführt hat und von der Berufung nicht weiter angegriffen ist.

Die Berufung macht lediglich geltend, der Beklagte hafte nach der Vorschrift des § 528 BGB als Bereicherungsschuldner nur anteilig neben seinem Bruder, da dieser in wirtschaftlich gleichwertiger Weise von seinen Eltern beschenkt worden sei. Demzufolge handele der Kläger treuwidrig, wenn er allein den Beklagten, nicht aber auch dessen Bruder in Anspruch nehme; zumindest sei der Beklagte nur gegen Abtretung derjenigen Ansprüche zur Zahlung verpflichtet, die seinen Eltern aufgrund rückforderbarer Schenkung gegen seinen Bruder zustünden. All das vermag aber

nichts daran zu ändern, daß die Klage dem Grunde nach in vollem Umfang gerechtfertigt ist.

Der hier in Rede stehende auf den Kläger übergeleitete und der Klage zugrundeliegende Rückforderungsanspruch findet seine rechtliche Stütze nämlich allein in der bereits erwähnten Bestimmung des § 528 BGB. Aus dieser Vorschrift kann eine Beschränkung der Herausgabepflichten gegen mehrere gleichzeitig Beschenkte auf entsprechende Anteile an allen Geschenken nicht abgeleitet werden.

Dort ist nur bestimmt, daß ein Schenker von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern kann, soweit der Schenker nach der Vollziehung der Schenkung außerstande ist, seinen angemessenen Unterhalt zu bestreiten (§ 528 Abs. 1 BGB). Unter mehreren Beschenkten haftet der früher Beschenkte nur insoweit, als der später Beschenkte nicht verpflichtet ist (§ 528 Abs. 2 BGB). Der Anspruch auf Herausgabe des Geschenkes ist ausgeschlossen, wenn zur Zeit des Eintritts der Bedürftigkeit des Schenkers seit der Leistung des geschenkten Gegenstandes zehn Jahre verstrichen sind (§ 529 Abs. 1 BGB).

Daraus wird deutlich, daß das Gesetz den Schenkungen eines verarmten Schenkers ihre schuldrechtlichen Wirkungen nehmen will, indem es den Beschenkten zur Herausgabe verpflichtet, als hätte dieser das Geschenk ohne Rechtsgrund erlangt. Diese Herausgabepflicht ist zudem auch in bestimmter Weise eingeschränkt. Zu den allgemeinen Grenzen des Bereicherungsanspruchs (§ 818 Abs. 2 und 3 BGB) tritt als Obergrenze die Beschränkung auf den angemessenen Unterhaltsbedarf hinzu. Zusätzlich setzt § 528 Abs. 2 BGB bei mehreren nacheinander Beschenkten diese am Bedarf orientierte Obergrenze für einen früher Beschenkten noch herab. Schließlich soll dem Beschenkten das Geschenk nach Ablauf der 10-Jahresfrist des § 529 Abs. 2 BGB ohne Einschränkung erhalten bleiben. Diese gesetzliche Regelung läßt demnach eine Rangordnung erkennen, der der Gedanke zugrundeliegt, daß früher vollzogene Schenkungen des inzwischen verarmten Schenkers dessen geschützte Unterhaltsinteressen im allgemeinen weniger einschneidend beeinträchtigen als die später erfolgten Schenkungen. Deshalb kann es bei gleichzeitig Beschenkten, um die es im vorliegenden Falle geht, eine Verminderung der Haftungsobergrenze, wie sie aus § 528 Abs. 1 Satz 1 BGB ersichtlich ist, nicht geben. Zwischen gleichzeitig Beschenkten gibt es keine Rangverhältnisse der geschilderten Art; sie haften vielmehr gleichrangig nebeneinander mit der Folge, daß dem Schenker die freie Wahl bleibt, an welchen der gleichzeitig Beschenkten er sich halten will. Das entspricht dem Wesen der Schenkung, wonach der Schenker ja auch die zu Beschenkenden frei auswählen darf.

Für eine nur anteilige Haftung des Beklagten, wie sie die Berufung erstrebt, fehlt demnach die rechtliche Grundlage (vgl. BGH NJW 1991, 1824 [= DNotZ 1992, 102]).

Eine solche rechtliche Grundlage kann insbesondere auch weder aus einer entsprechenden Anwendung des § 528 Abs. 2 BGB noch aus den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) hergeleitet werden.

Die Vorschrift des § 528 Abs. 2 BGB hat ausdrücklich zeitlich auseinanderliegende Schenkungen zum Gegenstand und besagt somit nichts für gleichzeitig erfolgte Schenkungen.

Es stellt auch keinen Verstoß gegen die Grundsätze von Treu und Glauben dar, wenn ein verarmter Schenker von mehreren gleichzeitig Beschenkten nur einen in Anspruch nimmt. Denn diese Möglichkeit steht gewissermaßen als Spiegelbild einer Schenkung mit dem Wesen der Schenkung als unentgeltlicher Zuwendung in Einklang. Hinzu kommt, daß der aus § 528 Abs. 1 Satz 1 BGB ersichtliche Rückforderungsanspruch des verarmten Schenkers maßgeblich von der Unterhaltsbedürftigkeit des Schenkers geprägt ist. Deshalb müssen die Interessen des in Anspruch genommenen Beschenkten gegenüber den Interessen des verarmten Schenkers an einer effektiven Sicherung seines angemessenen Unterhalts zurücktreten (vgl. BGH a. a. O.). Die effektive Sicherung des angemessenen Unterhalts des Schenkers wäre aber beeinträchtigt, wenn er — entgegen dem Wortlaut des § 528 Abs. 1 Satz 1 BGB — darauf verwiesen wäre, etwa gleichzeitig Beschenkte nur anteilig in Anspruch nehmen zu können. Die Feststellung noch vorhandener und somit herauszugebender Bereicherungen ist nämlich mitunter schwierig und im Prozeß vielfach — beispielsweise bei anderen als Geldgeschenken — nur mit größerem — auch zeitlichen — Aufwand zu treffen. Derartige Schwierigkeiten sind geeignet, dem aus § 528 BGB ersichtlichen Recht des verarmten Schenkers auf Bedarfsdeckung aus den Geschenken einen Teil seiner Effektivität zu nehmen. ... Der Kläger ist nicht Inhaber des etwaigen Rückforderungsanspruchs, auf dessen Abtretung der Beklagte Wert legt. Dieser Anspruch steht vielmehr den Eltern des Beklagten zu. Aller Voraussicht nach bedürfte es eines umfangreichen und zeitraubenden Verwaltungserfahrens, einen solchen Anspruch gem. § 90 BSHG auf den Kläger überzuleiten, nachdem ihn der Kläger selbst nicht als gegeben angesehen und das unstreitig dem Anspruchsgegner, nämlich dem Bruder des Beklagten auch mitgeteilt hat. Derartige Erschwerungen der Durchsetzung des Klagsanspruchs sind mit dem unterhaltsichernden Zweck des Gesetzes nicht zu vereinbaren. Von einem treuwidrigen Vorgehen des Klägers kann daher keine Rede sein.

Dem läßt sich nicht entgegenhalten, der Beklagte werde durch die alleinige Inanspruchnahme durch den Kläger unangemessen benachteiligt, weil er von seinem gleichzeitig beschenkten Bruder keinen Ausgleich verlangen könne. Denn die Frage, ob eine solche Ausgleichspflicht besteht oder nicht ist gleichfalls nicht ohne weiteres und insbesondere auch nicht ohne umfangreiche Erweiterung des Prozeßstoffes in dem einen oder anderen Sinne eindeutig zu beantworten. Sie muß daher in dem hier allein maßgeblichen Rechtsverhältnis zwischen den Parteien unbeachtet bleiben.

9. DDR-ZGB § 287; VermG § 1 Abs. 1 Buchst. c, § 3 Abs. 3, § 4 Abs. 2 und 3; EGBGB 1986 Art. 233 § 2 a (*Behandlung „hängender“ Nutzungsrechte*)

1. Ein Nutzungsrecht zur Errichtung und persönlichen Nutzung eines Eigenheimes konnte, wenn die hierfür nach § 287 ZGB erforderlichen Voraussetzungen nicht gegeben waren, auch nicht aufgrund der sozialen Wirklichkeit in der ehemaligen DDR entstehen.
2. Das Vermögensgesetz schließt in Fällen „hängender“ Nutzungsrechte (bauliche Nutzung von Grundstücken mit Billigung staatlicher Stellen der ehemaligen DDR ohne Begründung eines Nutzungsrechtes nach § 287 ZGB) an beschlagnahmten Grundstücken zivilrechtliche

Ansprüche des Eigentümers gegen den Nutzer nicht aus; gegenüber solchen Ansprüchen kann sich der Nutzer jedoch auf ein einstweiliges Recht zum Besitz nach dem durch das Zweite Vermögensrechtsänderungsgesetz geschaffenen Moratorium (Art. 233, § 2 a EGBGB) berufen.

3. Die Unterlassungspflicht des Verfügungsberechtigten nach § 3 Abs. 3 VermG kann jedenfalls nicht auf solche tatsächlichen Maßnahmen ausgedehnt werden, die das Rückübertragungsinteresse des Berechtigten nicht beeinträchtigen (hier: endgültige Fertigstellung eines bei Inkrafttreten des Vermögensgesetzes am 29.9.1990 bereits weitgehend hergestellten Bauwerks).

BGH, Urteil vom 19.2.1993 — V ZR 269/91 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Kläger sind Erben ihrer im Grundbuch von Potsdam-N. als Eigentümer des Grundstücks Potsdam-B., G.-straße eingetragenen Eltern. Das Grundstück stand seit 1963 aufgrund § 6 der „Verordnung zur Sicherung von Vermögenswerten“ vom 17.7.1952 (GBl S. 615) unter vorläufiger staatlicher Verwaltung der DDR. Die Kläger haben die Aufhebung der Verwaltung nach dem Vermögensgesetz beantragt.

Den Beklagten wurde durch Schreiben des Stadtarchitekten der Stadt Potsdam vom 3.5.1989 eine noch abzuermessende Teilfläche des Grundstücks „ab 1.7.1989 zur Verfügung gestellt“. Das Schreiben enthält den Hinweis, daß die Beklagten nach der Vermessung ein Nutzungsrecht erhielten. Eine Baugenehmigung zur Errichtung eines Einfamilienhauses wurde den Beklagten am 31.5.1989, die zur Wirksamkeit der Genehmigung erforderliche Zustimmung des Rats der Stadt Potsdam am 29.6.1989 erteilt. Im September 1989 begann der Beklagte mit der Errichtung des Bauwerks, das bis auf noch ausstehende Malerarbeiten fertiggestellt ist.

Die Kläger haben beantragt, den Beklagten zu verurteilen, das Betreten und Bebauen des Grundstücks zu unterlassen.

Das Kreisgericht hat der Klage stattgegeben, das Bezirksgericht hat sie abgewiesen.

Die Revision der Kläger hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

I. 1. Zu Unrecht meint das Berufungsgericht, die Eintragung der Eltern der Kläger im Grundbuch begründe nicht die Vermutung dafür, daß diese Eigentümer des Grundstücks gewesen seien. Nach § 7 Abs. 1 der Grundstücksdokumentationsordnung der DDR war davon auszugehen, daß demjenigen, der im Grundbuch als Eigentümer eingetragen war, das Eigentum an dem Grundstück zustand. Die Vorschrift, die für die Frage, wer bei dem vor dem Beitritt erfolgten Erbfall Eigentümer war, maßgeblich ist (vgl. MünchKomm-BGB/Säcker, 2. Aufl., Einigungsvertrag Rdnr. 249), begründete zumindest, wie der vom Berufungsgericht herangezogene § 891 BGB, die Vermutung für die Richtigkeit der Eintragung. Der Umstand, auf den das Berufungsgericht abstellt, daß nämlich die Eintragung der Eltern im Jahre 1939 erfolgt und zuvor A. R. als Eigentümer eingetragen gewesen war, berührt die Eigentumsvermutung zugunsten der Erblasser nicht. Mit der Löschung der Eintragung R. als Eigentümer sprach die Vermutung gegen das Fortbestehen seines Rechts (§ 891 Abs. 2 BGB; § 7 Abs. 2 Grundstücksdokumentationsordnung). Die vom Berufungsgericht erörterte Möglichkeit, daß R. (oder ein Rechtsnachfolger) einen Antrag auf Rückübertragung des Eigentums nach §§ 1 Abs. 6, 3 VermG gestellt haben konnte, bliebe auf die Grundbuchvermutung ohne Einfluß. Der öffentlich-rechtliche Anspruch des in der Zeit vom 30.1.1933 bis 8.5.1945 Verfolgten hätte allerdings nach § 3 Abs. 2 VermG Vorrang vor der Anmeldung der Kläger. Die Eigentumsvermutung zugunsten der Erblasser wäre aber

erst mit der Rückübertragung des Eigentums auf den Verfolgten (§ 33 VermG) widerlegt; die Vermutung als solche entfielen mit der Berichtigung des Grundbuchs auf Antrag der Behörde nach § 34 Abs. 2 VermG oder mit der vorherigen Eintragung eines Widerspruchs. (...)

2. Ob die vorläufige staatliche Verwaltung des Grundstücks als „Vermögen von Personen deutscher Staatsangehörigkeit, die ihren Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt in den westlichen Besetzungszonen Deutschlands oder in den von den westlichen Besatzungsmächten besetzten Sektoren Berlins haben“; der Unterlassungsklage durch die Eigentümer entgegengehalten hätte, braucht nicht entschieden zu werden. Jedenfalls hat die Verwaltung mit Ablauf des 31.12.1992 nach § 11 a VermG i. d. F. des Zweiten Vermögensrechtsänderungsgesetzes vom 14.7.1992 (BGBl I 1257) geendet.

3. Den Klägern steht mithin nach Art. 233 § 2 EGBGB i. V. m. § 1004 Abs. 1 BGB gegen den Beklagten als Störer ein Anspruch auf Unterlassung des Betretens des Grundstücks und der Fortsetzung des Baues zu.

a) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist der Unterlassungsanspruch nicht deshalb nach § 1004 Abs. 2 BGB ausgeschlossen, weil die Kläger das Verhalten des Beklagten wegen eines diesem zustehenden Nutzungsrechts zu dulden hätten. Das Berufungsgericht meint, ein Nutzungsrecht nach § 287 ZGB, das den Inhaber zur Errichtung eines Eigenheims berechtigt, habe nach der sozialen Wirklichkeit in der ehemaligen DDR auch ohne die in dieser Vorschrift vorgesehene Aushändigung einer Nutzungsurkunde entstehen können. Die Voraussetzungen hierfür seien gegeben gewesen, wenn, wie im Streitfalle, der zuständige Rat ein Grundstück bereitgestellt hatte, die Baugenehmigung erteilt worden war und — bei zwangsverwaltetem Grundbesitz — der staatliche Verwalter sein Einverständnis zur Überführung in Volkseigentum erteilt hatte.

Dies hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand, zu der der Senat, da sich der Geltungsbereich des Zivilgesetzbuches über den Bezirk eines Oberlandesgerichts (Bezirksgerichts) hinaus erstreckte, befugt ist (§ 549 Abs. 1 ZPO; BGH, Urteil vom 14.10.1992, VIII ZR 91/91, WM 1992, 2144).

Das Recht zur Errichtung und persönlichen Nutzung eines Eigenheims konnte nach § 287 ZGB i. V. m. dem Gesetz über die Verleihung von Nutzungsrechten an volkseigenen Grundstücken vom 14.12.1970 (GBl I 372) nur an Volkseigentum begründet werden; seine Entstehung setzte eine staatliche Verleihung voraus, über die dem Nutzungsberechtigten eine Urkunde ausgestellt wurde, die u. a. den Zeitpunkt der Begründung des Rechtes festlegte. An allen diesen Voraussetzungen, nicht nur, worauf das Berufungsurteil abstellt, an der Aushändigung der Nutzungsurkunde, fehlte es im Streitfalle. Daß es überhaupt zu einer Nutzungsverleihung, wenn auch unter Absehen von der im Gesetz angeordneten Beurkundung, gekommen wäre, stellt das Berufungsgericht nicht fest. Die Bereitstellung des zwangsverwalteten Grundbesitzes durch den Stadtarchitekten hat sie nicht ersetzt. ... In dem Schreiben vom 3.5.1989 hat der Stadtarchitekt dem Beklagten eine Verleihung des Nutzungsrechts nur in Aussicht gestellt. Weiter konnte die Zustimmung des vorläufigen Verwalters nicht an die Stelle der, für die Verleihung des Nutzungsrechtes unabdingbaren, Überführung der Nutzungsfläche in Volkseigentum treten. Die vorläufige Verwaltung des in der DDR gelegenen Grundbesitzes von Deutschen, die ihren Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt in der Bundesrepublik hatten, berührte weder nach dem Wort

laut der „Verordnung zur Sicherung von Vermögenswerten“ noch nach der Praxis der DDR-Behörden (vgl. Richtlinien für die Räte der Städte und Gemeinden vom 1.9.1952 zur Durchführung der §§ 1, 2 und 6 der Verordnung; Enteignung und Offene Vermögensfragen in der ehemaligen DDR, RWS-Dokumentation 7, 2. Aufl., Bd. II, Ordn.-Nr. 3.5.3) den Weiterbestand des Eigentums. Zur Überführung des verwalteten Grundvermögens in Volkseigentum war der Verwalter nicht befugt. Sie setzte nach dem hier anzuwendenden Baulandgesetz vom 15.6.1984 (GBI I 201) ein Verwaltungsverfahren voraus, das in förmlicher Weise mit dem Entzug des Eigentums gegen Entschädigung oder durch (entgeltlichen) Vertrag endete. Die Erteilung der Baugenehmigung schließlich war für die Begründung des zivilrechtlichen Nutzungsrechtes ohne Bedeutung. Ein Nutzungsrecht des Beklagten konnte mithin nach der vor dem Beitritt bestehenden Gesetzeslage nicht entstehen.

Zudem läuft die Auslegung des Berufungsgerichts der Zielsetzung des Zweiten Vermögensrechtsänderungsgesetzes entgegen, das allerdings erst nach Erlass des Berufungsurteils, nämlich am 22.7.1992, in Kraft getreten, im Revisionsverfahren aber noch zu berücksichtigen ist. Das Zweite Vermögensrechtsänderungsgesetz hat mit Art. 233 § 2 a EGBGB ein Moratorium für die sog. hängenden Fälle der Nutzungsrechte an fremdem Grundbesitz geschaffen. Hintergrund des Moratoriums ist der Umstand, daß die Herstellung geordneter Bodenverhältnisse in der ehemaligen DDR vielfach nicht mit der notwendigen Genauigkeit vorgenommen wurde. Aufgabe des Moratoriums ist es, dem Gesetzgeber den Spielraum für die Lösung der damit aufgeworfenen Fragen durch ein besonderes Gesetz zur Bereinigung des Sachenrechts offenzuhalten. Mit dem Moratorium soll eine vorläufige Sicherung der Rechtsverhältnisse in den hängenden Fällen erreicht und zugleich verhindert werden, daß vor Verwirklichung der Bereinigung des Sachenrechts bereits Fakten geschaffen werden, die der Zielsetzung der Bereinigung entgegenwirken (vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Vermögensgesetzes und anderer Vorschriften, BT-Drucks. 12/2480, S. 77). Eine Auslegung des § 287 ZGB, welche unter weitgehendem Verzicht auf die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale in den hängenden Fällen dem Nutzer bereits jetzt ein nach § 288 Abs. 2 ZGB grundsätzlich unbefristetes Nutzungsrecht verschafft, entzöge dem Gesetzgeber den durch das Moratorium angestrebten Handlungsspielraum (zu den Vorgaben des geplanten Sachenrechtsbereinigungsgesetzes vgl. Bundesministerium der Justiz: Eckwertepapier zur großen Sachenrechtsbereinigung, DtZ 1993, 49).

...

c) Die Unterlassungsansprüche sind zwar nicht, wie im Berufungsurteil ausgesprochen, endgültig, wohl aber zur Zeit unbegründet, wenn die Voraussetzungen des Moratoriums vorliegen. Als zum Besitz eines im Beitrittsgebiet belegenen Grundstückes ist nach Art. 233 § 2 a Abs. 1 Satz 1 Buchst. a EGBGB unbeschadet bestehender Nutzungsrechte und günstigerer Vereinbarungen und Regelungen berechtigt, wer das Grundstück bis zum Ablauf des 2.10.1990 aufgrund einer bestandskräftigen Baugenehmigung oder sonst entsprechend den Rechtsvorschriften mit Billigung staatlicher oder gesellschaftlicher Organe mit Gebäuden oder Anlagen bebaut oder zu bebauen begonnen hat und bei Inkrafttreten dieser Vorschrift selbst nutzt; das Recht besteht nach Satz 2 bis zur Bereinigung der Rechtsverhältnisse durch besonderes Gesetz, längstens bis 31.12.1994 oder bis zum Ende einer

einmal möglichen Fristverlängerung. Das durch das Moratorium begründete Recht des Bauherrn zum Besitz berechtigt diesen, das Grundstück zu betreten. Wie der Senat darüber hinaus entschieden hat, kann ihm der Eigentümer grundsätzlich auch nicht verbieten, den Bau fertigzustellen (Urteil vom 17.12.1992, V ZR 254/91, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt); hiervon ist jedenfalls dann, wenn das Bauwerk, wie im Streitfalle, im wesentlichen fertiggestellt ist, keine Ausnahme zu machen.

II. Das klageabweisende Berufungsurteil hätte allerdings im Ergebnis Bestand, wenn der zivilrechtliche Unterlassungsanspruch der Kläger durch das Vermögensgesetz ausgeschlossen wäre. Dies ist indessen nicht der Fall.

Nach der Rechtsprechung des Senats kann Gegenstand der Restitution wegen unlauterer Machenschaften (§ 1 Abs. 3 VermG) ein Vermögenserwerb auch dann sein, wenn dessen Wirksamkeit aus der Sicht des Zivilrechts nicht anzuerkennen wäre; die Vorschrift umschreibt einen besonderen, von den Regeln des Zivilrechts über die Zuweisung der Vermögenswerte unabhängigen restitutionsrechtlichen Unrechtstatbestand (Urteil vom 3.4.1992, V ZR 83/91, BGHZ 118, 34 [= NJW 1992, 1757 = MittBayNot 1992, 254]). Im Streitfalle kommt allerdings nicht § 1 Abs. 3 VermG in Frage, sondern ein vermögensrechtlicher Anspruch an Vermögenswerten, die durch staatliche Verwalter oder nach Überführung in Volkseigentum durch den Verfügungsberechtigten an Dritte veräußert wurden (§ 1 Abs. 1 Buchst. c VermG; vgl. auch § 16 Abs. 1 und 3 VermG). Ist der zu § 1 Abs. 3 VermG entwickelte Rechtsgedanke aber auf diesen Anspruch zu übertragen, so ist der Restitutionstatbestand unbeschadet des Umstandes einschlägig, daß der Beklagte das Nutzungsrecht nicht erworben hat (zum Nutzungsrecht als Gegenstand der Restitution nach § 1 Abs. 1 Buchst. c VermG vgl. *Barkam in Rädler/Raupach/Bezenberger*, Vermögen in der ehemaligen DDR, Teil 3, § 1 VermG Rdnr. 13). Es stellt sich dann die weitere Frage, ob allgemein zivilrechtliche Ansprüche, wie es der Senat in der Entscheidung vom 3.4.1992 für die Anfechtung wegen rechtswidrigen staatlichen Zwangs zur Grundstücksveräußerung ausgesprochen hat, durch den Restitutionstatbestand verdrängt sind. Daß die Kläger hier, anders als in dem früher entschiedenen Falle, in dem es um das Eigentum als solches ging, nur einen Ausschnitt der Eigentümerbefugnisse geltend machen, würde an der Ausschlußwirkung nichts ändern. Die Restitution nach dem Vermögensgesetz umfaßt den vermögensrechtlichen Anspruch in allen seinen Aspekten, beim Streit um das Eigentum mithin auch die Abwehransprüche aus § 1004 BGB. Der Verfügungsberechtigte ist, soweit die Ausschlußwirkung des Vermögensgesetzes reicht, bis zur Entscheidung über den Rückgewähranspruch nur den Beschränkungen unterworfen, die sich aus dem Vermögensgesetz selbst (vgl. § 3 Abs. 3 VermG) oder den das Gesetz flankierenden Vorschriften (vgl. §§ 1 ff. GVO) ergeben.

Die Grenzen des Ausschlusses zivilrechtlicher Ansprüche durch das Vermögensgesetz hat der Senat in zwei Entscheidungen vom 12.11.1992 (Urteil V ZR 230/91, WM 1993, 26 [= DNotZ 1993, 445]; Beschluß V ZB 22/92, WM 1993, 30; jeweils zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt) abgesteckt. Danach tritt die Ausschlußwirkung des Restitutionsanspruchs nicht in jedem Falle ein, in dem der Restitutionstatbestand einen zivilrechtlich unwirksamen Erwerb des Verfügungsberechtigten erfaßt. Die Ausschlußwirkung soll lediglich sicherstellen, daß der im Vermögensgesetz vor-

gesehene Schutz des redlichen Erwerbs (§ 4 Abs. 2 und 3 VermG) nicht durch einen allgemeinen, die Besonderheiten des Teilungsrechts unberücksichtigt lassenden Rechtsbehelf unterlaufen wird. Sie reicht mithin nur so weit, als dieser Schutzzweck es erfordert. Die Bestandsgarantie des § 4 Abs. 2 und 3 VermG geht auf den Gedanken zurück, daß derjenige, der sich auf die in der DDR herrschende Gesetzeslage eingerichtet und, gemessen an ihr, korrekt verhalten hat, den erlangten Vermögenswert auch nach dem politischen Umbruch behalten soll. Dem redlichen Erwerber soll das Risiko abgenommen werden, daß einem Rechtserwerb aufgrund des Umbruchs in der DDR und der in seiner Folge eingetretenen Rechtsänderungen der Boden entzogen wird. Dagegen bezweckt das Vermögensgesetz nicht, allgemeine Risiken des Rechtsverkehrs aus der Zeit der DDR aufzufangen. Es schützt zwar das Vertrauen des Erwerbers von Vermögenswerten auf den Fortbestand der Vermögenslage, nicht aber den guten Glauben daran, daß es nach dem damals in der DDR geltenden Recht überhaupt zu einem rechtswirksamen Erwerb gekommen ist. Der Senat hat deshalb in Fällen, in denen eine unzuständige Stelle bei der Veräußerung des Miteigentumsanteils des in die Bundesrepublik übergesiedelten Ehemannes mitgewirkt hatte (V ZR 230/91) oder der Zwangsverkauf an einem Beurkundungsmangel gescheitert war (V ZB 22/92), neben dem Rückübertragungsanspruch nach §§ 1 Abs. 3, 3 VermG zivilrechtliche Ansprüche zugelassen.

Die Heranziehung dieser Grundsätze auf den Streitfall führt zu dem Ergebnis, daß zivilrechtliche Ansprüche der Kläger nicht ausgeschlossen sind. Die nach dem Recht der DDR erforderlichen Bedingungen der Entstehung des Nutzungsrechts, nämlich die das Recht erst begründende staatliche Verleihung und deren Voraussetzung, die Überführung der Fläche in Volkseigentum, waren nicht erfüllt. Die für den Ausschließlichkeitsanspruch des Vermögensgesetzes maßgebliche Frage, ob der nach der Gesetzeslage in der DDR wirksame, allenfalls in seinem Fortbestand von den mit dem Umbruch herbeigeführten Rechtsänderungen berührte Erwerb wegen der Redlichkeit des Verfügungsberechtigten Bestandsschutz genießen soll, stellt sich deshalb im Falle des Beklagten nicht.

III. Einen weitergehenden Erfolg kann die Revision nicht unter dem Gesichtspunkt erzielen, daß den Klägern ein, dem Moratorium nur mit den Einschränkungen des Art. 233 § 2 a Abs. 5 EGBGB unterliegender, Unterlassungsanspruch nach § 3 Abs. 3 VermG zustünde.

Das Berufungsurteil hat den Anspruch im Ergebnis zu Recht verneint. Ob er, wie das Berufungsgericht meint, bereits daran scheitert, daß der Beklagte nicht Verfügungsberechtigter (§ 2 Abs. 3 VermG) ist, hängt damit zusammen, ob der Restitutionsstatbestand des § 1 Abs. 1 Buchst. c VermG unbeschadet des Umstandes erfüllt ist, daß zivilrechtlich ein Vermögenserwerb des Beklagten nicht erfolgt war. Diese Frage braucht hier nicht beantwortet zu werden; für die getroffene Entscheidung genügt es, daß der Restitutionsanspruch, wenn er hier gegeben ist, andere Behelfe neben sich zuläßt.

Die Klageanträge können aber jedenfalls deshalb nicht auf § 3 Abs. 3 VermG gestützt werden, weil das Betreten des Grundstücks durch den Beklagten und die Nachholung der noch ausstehenden Malerarbeiten einen Rückübertragungsanspruch der Kläger nicht ernstlich gefährden. Ein Ausschluß der Rückübertragung wegen Änderung der Nutzungsart oder der Zweckbestimmung durch bauliche Maß-

nahmen (§ 5 Abs. 1 Buchst. a VermG) kommt nicht in Frage, da nach dem durch das Hemmnisbeseitigungsgesetz angefügten § 5 Abs. 2 VermG solche Maßnahmen bereits am 29.9.1990 hätten durchgeführt sein müssen. Einem Wertausgleich nach dem durch das Zweite Vermögensrechtsänderungsgesetz neu geschaffenen § 7 VermG sind die Kläger nicht ausgesetzt, denn für die danach zu berücksichtigenden Maßnahmen (Bebauung, Modernisierung, Instandsetzung, werterhöhende Maßnahmen anderer Art) gilt der 2.10.1990 als Stichtag. Mithin braucht die umstrittene Frage, ob § 3 Abs. 3 VermG über seinen Wortlaut, der den Verfügungsberechtigten bei Vorliegen eines Restitutionsantrags lediglich verpflichtet, dingliche Rechtsgeschäfte und langfristige vertragliche Verpflichtungen zu unterlassen, hinaus auch auf das Verbot tatsächlicher Handlungen erstreckt werden kann (zum Streitstand vgl. Überblick bei *Klumpe/Nastold*, *Rechtshandbuch Ost-Immobilien*, 2. Aufl., Rdnrn. 215 ff.), hier nicht entschieden zu werden. Eine solche Interpretation fände nämlich ihre Grenze an dem im Streitfall zu verneinenden Sicherungsinteresse des Berechtigten.

10. GBO §§ 17, 18, 71; FlurbG §§ 61, 63, 68, 79 (*Kein Vorbescheid im Grundbuchverfahren; Grundbucheintragung während eines Flurbereinigungsverfahrens*)

1. Ein Vorbescheid, mit dem das Grundbuchamt die Löschung einer Eintragung wegen Unrichtigkeit des Grundbuchs ankündigt, falls der Betroffene nicht innerhalb einer bestimmten Frist ein Rechtsmittel einlegt, ist nicht zulässig. Gleichwohl ist der Vorbescheid keine beschwerdefähige Entscheidung.
2. Trägt das Grundbuchamt an Einlagegrundstücken eines Flurbereinigungsverfahrens eine Dienstbarkeit ein, nachdem die vorzeitige Ausführung des Flurbereinigungsplans wirksam angeordnet worden ist, so ist auf das Ersuchen der Flurbereinigungsbehörde die Dienstbarkeit zu löschen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn im Flurbereinigungsplan für die belasteten Einlagegrundstücke keine besonderen Ersatzgrundstücke ausgewiesen sind und aus diesem oder einem anderen Grund der Surrogationsgrundsatz des Flurbereinigungsverfahrens nicht wirksam werden kann (Bestätigung von BayObLGZ 1985, 372).

BayObLG, Beschluß vom 29.1.1993 — 2 Z BR 82/92 = BayObLGZ 1993 Nr. 12 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligten zu 2 sind in Gütergemeinschaft als Eigentümer zahlreicher Grundstücke im Grundbuch eingetragen. Mehrere ihrer Grundstücke, darunter die Grundstücke Flst. 766, 1583, 1584 und 1600 sind in ein Flurbereinigungsverfahren einbezogen. Nach dem Flurbereinigungsplan der Beteiligten zu 3, der Direktion für Ländliche Entwicklung (früher Flurbereinigungsdirektion) treten an Stelle der Einlagegrundstücke der Beteiligten zu 2 die Ersatzgrundstücke Flst. 702, 783 und 836. Der die Endabfindung bestimmende Flurbereinigungsplan steht für die Beteiligten zu 2 seit dem 22. 10. 1990 unanfechtbar fest. Die Beteiligte zu 3 ordnete am 20. 12. 1990 die vorzeitige Ausführung des Flurbereinigungsplans zum 1. 1. 1991 an. Weiter bestimmte sie die sofortige Vollziehung. Der Widerspruch der Beteiligten zu 2 gegen die Anordnung der vorzeitigen Ausführung blieb erfolglos; über ihre daraufhin erhobene Klage ist noch nicht entschieden. Ihren Antrag, die aufschiebende Wirkung der Klage wieder herzustellen, wies der Bayerische Verwaltungsgerichtshof als Flurbereinigungsgericht mit Beschluß vom 27. 5. 1992 zurück.

An den Grundstücken Flst. 286, 766, 1583, 1584 und 1600 ist „gemäß Bewilligung vom 7. 10. 1991“ seit dem 21. 10. 1991 eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit (Einfriedungs-, Bepflanzungs- usw. Recht) auf die Dauer von zehn Jahren für den Beteiligten zu 1, den Sohn der

Beteiligten zu 2, gebucht. Die Beteiligte zu 3 hat beantragt, das Grundbuch der Beteiligten zu 2 entsprechend dem Flurbereinigungsplan zu berichtigen; weiter hat sie beantragt, an dem Grundstück Flst. 702 ein Starkstromleitungsrecht für ein Energieversorgungsunternehmen einzutragen. Auf den Hinweis des Grundbuchamts, daß ein Vollzug nur möglich sei, wenn auch die am 21. 10. 1991 eingetragene, nicht in den Belastungsnachweis eingearbeitete Dienstbarkeit berücksichtigt werde, hat die Beteiligte zu 3 beantragt, dieses Recht von Amts wegen oder im Wege der Berichtigung gem. § 22 GBO zu löschen. Die Eintragung der Dienstbarkeit sei unzulässig und rechtswidrig gewesen.

Am 1. 6. 1992 hat das Grundbuchamt einen Vorbescheid mit dem Hinweis erlassen, daß es beabsichtige, die am 21. 10. 1991 eingetragene Dienstbarkeit zu löschen und dem Beteiligten zu 1 bis spätestens 30. 6. 1992 die Möglichkeit gebe, eine gerichtliche Entscheidung hierüber herbeizuführen oder jedenfalls in die Wege zu leiten: Am 1. 1. 1991 seien die Einlagegrundstücke der Beteiligten zu 2 als Rechtsobjekt untergegangen; an ihnen hätten somit keine Rechte mehr bestellt werden können. Es sei nur noch eine Belastung der Ersatzgrundstücke möglich; die Eintragung der Dienstbarkeit für den Beteiligten zu 1 an den Einlagegrundstücken sei dagegen aus rechtlichen Gründen nicht mehr möglich gewesen. Durch die dennoch vorgenommene Eintragung sei das Grundbuch im Ergebnis unrichtig geworden. Das Recht sei gem. § 22 GBO, eventuell auch nach § 53 GBO zu löschen. Um dem Beteiligten zu 1 die Möglichkeit zu geben, seine abweichenden rechtlichen Vorstellungen gerichtlich durchzusetzen und seine vermeintlichen Rechte zu wahren, erscheine hier der Erlaß eines Vorbescheids veranlaßt.

Der Beteiligte zu 1 hat am 15. 6. 1992 gegen den Vorbescheid Erinnerung/Beschwerde eingelegt. Das Landgericht hat das Rechtsmittel nach Nichtabhilfe durch Grundbuchrechtspfleger und -richter mit Beschluß vom 10. 8. 1992 zurückgewiesen. Der Beteiligte zu 1 hat dagegen weitere Beschwerde eingelegt; zugleich haben die Beteiligten zu 1 und 2 einen Richter am Landgericht, der an der Entscheidung mitgewirkt hat, wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt. Das Landgericht hat das Ablehnungsgesuch mit Beschluß vom 3. 11. 1992 als unzulässig zurückgewiesen; der Beteiligte zu 1 hat dagegen Beschwerde eingelegt.

Aus den Gründen:

I. Die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 1 gegen den Beschluß des Landgerichts ist mit der Maßgabe zurückzuweisen, daß seine Erstbeschwerde als unzulässig verworfen wird. Denn gegen den Vorbescheid des Grundbuchamts gibt es kein Rechtsmittel; er ist keine gem. § 71 Abs. 1 GBO beschwerdefähige Entscheidung.

1. Das Landgericht hat ausgeführt:

Die Beschwerde sei zulässig. Der Vorbescheid sei eine Entscheidung im Sinne von § 11 Abs. 1 RPfG, § 71 Abs. 1 GBO, ob er nun im Grundbuchverfahren zulässig sei oder nicht. Beschwerdefähige Entscheidungen des Grundbuchamts seien alle Entschlüsse, die ein Verfahren oder einen Verfahrensabschnitt abschließen. Keine Entscheidungen und damit nicht anfechtbar seien dagegen unverbindliche, vorläufige Meinungsäußerungen, auch wenn sie mit Hinweisen oder Anregungen zur weiteren Gestaltung des Verfahrens verbunden seien. Denn hier handle es sich nur um vorbereitende Maßnahmen für eine noch zu treffende endgültige Sachentscheidung.

Der Vorbescheid gehöre zur ersten Gruppe, denn er schließe ähnlich wie eine Zwischenverfügung einen Verfahrensteil ab. ...

2. Entgegen der Ansicht des Landgerichts ist der Vorbescheid des Grundbuchamts keine beschwerdefähige Entscheidung; das gegen ihn gerichtete Rechtsmittel war unzulässig.

a) Vorläufige Meinungsäußerungen des Grundbuchamts und Bescheide, die eine spätere Entscheidung des Grundbuchamts — sei es die Zurückweisung des Eintragungsantrags

oder die Vornahme einer Eintragung (Löschung) — ankündigen, sind keine beschwerdefähigen Entscheidungen, auch wenn das Grundbuchamt seine Rechtsauffassung damit verbindlich festlegen will; ein gegen sie eingelegtes Rechtsmittel ist nicht statthaft (vgl. BGH NJW 1980, 2521 [= DNotZ 1980, 741]; BayObLGZ 1977, 268/270 [= MittBayNot 1977, 232 = DNotZ 1978, 159]; KG JFG 10, 214 ff.; 12, 268 ff. gegen die frühere Entscheidung KG KGJ 49 A 146 f.; OLG Hamm JMBI NRW 1961, 275, das allerdings wegen der „gesetzwidrigen Führung der Angelegenheit“ ein Rechtsmittel zuläßt; OLG Hamm Rpfleger 1975, 134; OLG Frankfurt Rpfleger 1978, 306; OLG Stuttgart Justiz 1990, 299; *Horber/Demharter* GBO 19. Aufl. Anm. 5 a, *KEHE/Kuntze* GBR 4. Aufl. Rdnr. 60, jeweils zu § 71; *Güthe/Triebel* GBO 6. Aufl. § 53 Rdnr. 32 und § 71 Rdnr. 71; *Haegeler/Schönen/Stöber* GBR 9. Aufl. Rdnr. 473; *Böhringer* BWNotZ 1986, 126/129; a. A. für den Fall der Löschung einer inhaltlich unzulässigen Eintragung OLG Saarbrücken OLGZ 1972, 129 f.; LG Freiburg BWNotZ 1980, 61 ff.; LG Memmingen Rpfleger 1990, 251 mit zustimmender Anmerkung von *Minkus; Meikel/Böttcher* GBR 7. Aufl. § 18 Rdnr. 29; für allgemeine Zulässigkeit des Vorbescheides wohl *Eickmann* Grundbuchverfahrensrecht 2. Aufl. 10. Kapitel § 2 I; *Hähnlein* Der Vorbescheid im Erkenntnisverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit S. 73 ff.).

(1) Die Grundsätze, die die Rechtsprechung zum Vorbescheid im Erbscheinsverfahren (vgl. BGHZ 20, 255 ff.; *Palandt/Edenhofer* BGB 51. Aufl. § 2353 Rdnr. 33) und zur Anfechtbarkeit der bekanntgemachten Eintragungsverfügung in Handelsregistersachen (vgl. OLG Stuttgart OLGZ 1970, 419 und Rpfleger 1975, 97) entwickelt hat, lassen sich auf das Grundbuchverfahren nicht übertragen (BGH NJW 1980, 2521). Dem steht vor allem entgegen, daß dem Zeitpunkt der Antragstellung vielfältige Rechtswirkungen zukommen (vgl. §§ 17, 45 GBO; §§ 878, 892 Abs. 2 BGB). Außerdem steht entgegen, daß durch einen Vorbescheid ein Antrag nicht im Sinne von §§ 17, 18 GBO erledigt wird; überdies kann bei Eingang eines Folgeantrags Unsicherheit darüber entstehen, ob dieser sofort durch Eintragung erledigt werden kann und der Vorbescheid dem früher gestellten Antrag die mit ihm verbundenen Rechtswirkungen, insbesondere den Rang, erhält, wie dies bei einer Zwischenverfügung gem. § 18 Abs. 2 GBO der Fall wäre. Für eine entsprechende Anwendung des § 18 Abs. 2 GBO auf den Vorbescheid, die *Hähnlein* a. a. O. S. 81 für möglich hält (vgl. andererseits aber auch die unklaren Ausführungen S. 82), fehlt jede Rechtsgrundlage. Ein Vorbescheid ist im Grundbuchverfahren deshalb nicht zulässig.

(2) Im Grundbuchrecht steht auch mit dem Widerspruch (§ 899 BGB; § 53 Abs. 1 Satz 1 und § 71 Abs. 2 Satz 2 GBO) ein geeignetes Mittel zur Verfügung, um die von einer unrichtigen Eintragung ausgehenden Gefahren weitgehend auszuschalten; die Eintragung eines Widerspruchs oder einer Vormerkung kann gem. § 76 GBO auch vom Beschwerdegericht angeordnet werden.

(3) Die oben zitierten abweichenden Entscheidungen und ein Teil der Schriftsteller wollen denn auch einen anfechtbaren Vorbescheid nur für die Ankündigung zulassen, eine Eintragung gem. § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO als inhaltlich unzulässig von Amts wegen zu löschen. In diesem Fall spielen die zeitliche Reihenfolge von Eintragungsanträgen und der Rang von Eintragungen keine Rolle; aber auch hier stellt das Grundbuchverfahrensrecht für eine zu Unrecht vorgenommene Löschung ausreichende Rechtsbehelfe zur Verfügung. Es kann letzten Endes aber dahingestellt bleiben, ob bei der Löschung einer inhaltlich unzulässigen Eintragung deren

Ankündigung durch einen beschwerdefähigen Vorbescheid für zulässig zu halten wäre; denn dieser Fall ist hier nicht gegeben. (*Wird ausgeführt.*)

II. Für das weitere Verfahren wird auf den Beschluß des Senats vom 7. 11. 1985 (BayObLGZ 1985, 372 ff. [= MittBayNot 1986, 20 = DNotZ 1986, 354]) verwiesen. Auf das Ersuchen der Beteiligten zu 3 gem. § 38 GBO, § 79 FlurbG wird danach die für den Beteiligten zu 1 eingetragene beschränkte persönliche Dienstbarkeit zu löschen sein; das Grundbuch ist auch insoweit unrichtig, da die mit der Dienstbarkeit belasteten Grundstücke rechtlich nicht mehr bestehen. Besondere Ersatzgrundstücke für die mit der Dienstbarkeit belasteten Grundstücke der Beteiligten zu 2 sind im Flurbereinigungsplan nicht ausgewiesen, so daß der Übergang der Belastung auf Ersatzgrundstücke im Wege der Surrogation (§ 68 FlurbG) ausscheidet. Es kann dahingestellt bleiben, wie in diesem Falle zu verfahren wäre. Vor der Berichtigung des Bestandsverzeichnisses an Hand des Flurbereinigungsplans ist das Grundbuch in jedem Falle unrichtig. Dies gilt so lange, als die Anordnung der vorzeitigen Ausführung des Flurbereinigungsplans zum 1. 1. 1991 nicht aufgehoben worden ist.

Anmerkung der Schriftleitung

Zur Zulässigkeit von Grundbucheintragungen nach der vorzeitigen Anordnung der Ausführung des Flurbereinigungsplans vgl. auch den Beschluß des BayObLG in diesem Heft S. 287.

11. GBO §§ 53, 71; FlurbG §§ 61, 63, 79 (*Keine Grundbucheintragung nach vorzeitiger Ausführungsanordnung des Flurbereinigungsplans*)

Wenn ein in ein Flurbereinigungsverfahren einbezogenes Grundstück durch die (vorzeitige) Ausführungsanordnung des Flurbereinigungsplans untergegangen ist, kann daran keine Eintragung mehr im Grundbuch vorgenommen, insbesondere kein Amtswiderspruch mehr eingetragen werden.

BayObLG, Beschluß vom 16. 4. 1993 — 2 Z BR 15/93 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Der Beteiligte zu 1 ist Eigentümer des Grundstücks Flst. 1735 in der Gemeinde X. Er beansprucht außerdem das Eigentum an dem Grundstück Flst. 1735/2, das bei Anlegung des Grundbuchs am 24. 11. 1977 als „Das Zensengäßl, Weg“ im Eigentum des Marktes X. (Beteiligter zu 2) eingetragen wurde.

Mit Schreiben vom 29. 9. und 14. 10. 1992 hat der Beteiligte zu 1 einen Widerspruch gegen die Eintragung des Beteiligten zu 2 als Eigentümer beantragt. Am 23. 12. 1992 wurde im Grundbuch bei dem Grundstück Flst. 1735/2 eingetragen, daß das Flurstück infolge Flurbereinigung weggefallen sei. Als Ersatz ist auf die neue Grundbuchstelle verwiesen. Dort wurden am selben Tag 90 Grundstücke für den Markt X. gebucht; als Grundlage der Eintragung ist angegeben „vorzeitige Ausführungsanordnung der Flurbereinigungsdirektion vom 2. 7. 1990“. Ins Grundbuch ist ein Ersatzgrundstück für das Grundstück Flst. 1735/2 nicht ausgewiesen.

Den Antrag des Beteiligten zu 1 auf Eintragung eines Widerspruchs hat das Grundbuchamt mit Beschluß vom 16. 10. 1992 abgewiesen; die als Beschwerde behandelte Erinnerung dagegen hat das Landgericht mit Beschluß vom 18. 1. 1993 zurückgewiesen. Mit der weiteren Beschwerde verfolgt der Beteiligte zu 1 sein Anliegen, einen Amtswiderspruch gegen das Eigentum des Beteiligten zu 2 an Flst. 1735/2 einzutragen, weiter.

Aus den Gründen:

Das zulässige Rechtsmittel des Beteiligten zu 1 ist ohne Erfolg.

1. Das Landgericht hat ausgeführt: ...

2. Der Beschluß des Landgerichts erweist sich im Ergebnis als richtig:

Dem Anliegen des Beteiligten zu 1, bei Flst. 1735/2 die Eintragung eines Amtswiderspruchs oder gar eine Berichtigung hinsichtlich des Eigentümers zu erreichen, kann schon deshalb nicht entsprochen werden, weil das Grundstück Flst. 1735/2 seit der Anordnung der vorzeitigen Ausführung des Flurbereinigungsplans rechtlich nicht mehr besteht; deshalb können Eintragungen in bezug auf dieses Grundstück nicht mehr vorgenommen werden. ...

Nach § 61 Satz 2 FlurbG tritt durch die Ausführungsanordnung der im Flurbereinigungsplan vorgesehene Rechtszustand ein; dies gilt auch für die Anordnung der vorzeitigen Ausführung nach § 63 Abs. 1 FlurbG (*Seehusen/Schwede* FlurbG 5. Aufl. § 63 Rdnr. 2). Das bedeutet, daß die bisherigen Grundstücke im Flurbereinigungsgebiet im Rechtsinne untergehen und an ihre Stelle die durch den Flurbereinigungsplan neu gebildeten Grundstücke treten. Eigentümer der neuen Grundstücke werden kraft Gesetzes die im Flurbereinigungsplan genannten Personen (BayObLGZ 1985, 372/373 [= MittBayNot 1986, 20 = DNotZ 1986, 354]; BayObLGZ 1993 Nr. 12; OLG Schleswig RdL 1964, 305/306; *Seehusen/Schwede* § 61 Rdnr. 3). Die Eintragung des neuen Rechtszustands im Grundbuch hat keine rechtsbegründende, sondern nur verlautbarende Wirkung; ist also Berichtigung des Grundbuchs zur Anpassung an den außerhalb des Grundbuchs eingetretenen neuen Rechtszustand (*Seehusen/Schwede* § 79 Rdnr. 7). Gegen die Eintragung des Beteiligten zu 2 als Eigentümer desjenigen oder derjenigen Grundstücke, die an die Stelle von Flst. 1735/2 getreten sind, kann nicht mit Rechtsbehelfen der Grundbuchordnung, sondern allenfalls mit Rechtsmitteln des Flurbereinigungsverfahrens vorgegangen werden. Es ist gerade Sinn und Zweck des Flurbereinigungsverfahrens, die betroffenen Grundstücke neu zu ordnen und die Rechtsverhältnisse daran, insbesondere das Eigentum, auf eine neue Rechtsgrundlage zu stellen. Die vom Beteiligten zu 1 vorgelegten und zitierten alten Verträge und Pläne sind seit der vorzeitigen Ausführungsanordnung ohne jede Bedeutung für das Grundbuch.

Anmerkung der Schriftleitung:

Zur Zulässigkeit von Grundbucheintragungen nach der vorzeitigen Anordnung der Ausführung des Flurbereinigungsplans vgl. auch den Beschluß des BayObLG in diesem Heft S. 285.

12. WEG § 4 Abs. 1, Abs. 2; BGB § 912 (*Umwandlung von gemeinschaftlichem Eigentum in Sondereigentum*)

1. **Zur Begründung von Sondereigentum an Räumen, die im gemeinschaftlichen Eigentum stehen, ist die Mitwirkung aller Wohnungseigentümer auch dann erforderlich, wenn einem Wohnungseigentümer an den gemeinschaftlichen Räumen ein Sondernutzungsrecht zusteht.**

2. **Werden Räume, die im gemeinschaftlichen Eigentum stehen, baulich in eine Wohnung einbezogen, dann führt dies auch dann nicht kraft Gesetzes zur Entstehung von Sondereigentum, wenn es unverschuldet oder mit Erlaubnis der übrigen Wohnungseigentümer geschieht. Die gesetzlichen Vorschriften über den Überbau sind insoweit nicht entsprechend anwendbar.**

BayObLG, Beschluß vom 5. 5. 1993 — 2 Z BR 115/92 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Zu notarieller Urkunde vom 14.3.1983, die am 28.4.1983 im Grundbuch vollzogen wurde, teilte die damalige Eigentümerin ihr mit einem Wohnhaus bebauten Grundstück in München in Wohnungseigentum auf. Die Räume der Wohnung Nr.9 (abgesehen vom Kellerabteil) und die Räume der Einheit Nr.10 (abgesehen von einem Abstellraum im Erdgeschoß) liegen im Dachgeschoß; zwischen den Räumen der beiden Einheiten befindet sich dort ein im gemeinschaftlichen Eigentum stehender Flur. In Abschnitt VIII der Teilungserklärung ist über den „Ausbau des Dachgeschosses“ u. a. bestimmt:

1. Der zum Sondereigentum der im Aufteilungsplan mit Nr.9 bezeichneten Wohnung gehörige Abstellraum sowie die im Aufteilungsplan mit Nr.10 bezeichneten Dachräume sind zum Ausbau als Wohnräume vorgesehen. Hierzu wird bereits heute schuldrechtlich unter den Miteigentümern folgendes bestimmt.
2. Sämtliche Miteigentümer stimmen heute schon unwiderruflich dem Ausbau der genannten Räume zu Wohnräumen auf Kosten der jeweiligen Sondereigentümer zu mit der Maßgabe, daß der Ausbau des zum Sondereigentum Nr.9 gehörigen Abstellraumes nur zulässig ist, wenn gleichzeitig ein unmittelbarer Zugang dieses Raumes vom Flur der Wohnung Nr.9 hergestellt und der derzeitige Zugang von der Gemeinschaftsfläche innerhalb der mit Nr.10 (= Eigentümerflur) bezeichneten Räume endgültig geschlossen wird. . . .
3. Sobald der Zugang zu dem zum Sondereigentum Nr.9 gehörigen Abstellraum von dem Flur der Wohnung Nr.9 aus möglich ist, wird die im Dachgeschoß befindliche Gemeinschaftsfläche, die derzeit den Zugang zu den mit Nr.10 bezeichneten Räumen und dem mit Nr.9 bezeichneten Abstellraum ermöglicht, dem jeweiligen Eigentümer des Sondereigentums Nr.10 zur alleinigen Nutzung unter Ausschluß sämtlicher anderen Miteigentümer zugewiesen. . . . Er kann die Gemeinschaftsfläche in die abgeschlossene Wohnung einbeziehen, die durch den Ausbau des Sondereigentums Nr.10 entsteht.

Das in Nummer 3 genannte Sondernutzungsrecht für den jeweiligen Eigentümer der Einheit Nr.10 ist seit dem 18.12.1987 im Grundbuch eingetragen.

Der Beteiligte zu 1 ist als Eigentümer der Wohnung Nr.9, der Beteiligte zu 2 als Eigentümer der Einheit Nr.10 im Grundbuch eingetragen.

Der Beteiligte zu 2 verkaufte sein Teileigentum an den Beteiligten zu 3; ausgenommen war ein Bruchteil von 8,73/1000 aus dem Miteigentumsanteil von insgesamt 65,0/1000 und eine Teilfläche von ca. 13 m², auf der die Küche für die Wohnung Nr.9 eingerichtet werden sollte. Diese 13 m² verbunden mit dem Bruchteil von 8,73/1000 verkaufte und veräußerte der Beteiligte zu 2 1984 an die früheren Eigentümer der Wohnung Nr.9, die Beteiligten zu 4; mit der Übereignung dieser Wohnung an den Beteiligten zu 1 wurde auch der Eigentumsverschaffungsanspruch an ihn getreten. Die Ansprüche der Beteiligten zu 3 und 1 sind durch Auflassungsvormerkungen gesichert.

Die Beteiligten zu 3 und 4 bauten das Dachgeschoß wie in der Teilungserklärung vorgesehen aus; dabei wurde die im Sondereigentum Nr.10 auf den oben genannten 13 m² eingebaute, für die Wohnung Nr.9 vorgesehene Küche teilweise auf die gemeinschaftliche Fläche, an der das Sondernutzungsrecht des Eigentümers der Einheit Nr.10 besteht, ausgedehnt. Auf dem Rest dieser gemeinschaftlichen Fläche wurden ein Flur, ein WC und ein Abstellraum eingerichtet, die nach dem im Jahr 1986 geänderten Aufteilungsplan zum Sondereigentum der Wohnung Nr.10 gehören sollen. Zwischen Küche und den für die Wohnung Nr.10 vorgesehenen Räumen wurde eine Trennwand eingebaut, die die gemeinschaftliche Fläche teilt. Auf der „Galerie“ oberhalb der gemeinschaftlichen Fläche wurden außerdem je ein für die Wohnungen Nr.9 und 10 vorgesehenes Bad und teilweise ein Schlafraum für die Wohnung Nr.10 eingebaut.

Am 15.5.1992 haben die Beteiligten dem Grundbuchamt eine Änderungsurkunde vom 27.3.1992 zur Teilungserklärung und einen im Jahr 1986 geänderten Aufteilungsplan, der den Ausbau des Dachgeschosses wiedergibt, zum Vollzug vorgelegt. Die Beteiligten äußern in der Urkunde die Ansicht, daß die Überbauung der gemeinschaftlichen Fläche beim Ausbau der Einheiten Nr.9 und 10 in Ausübung des Sondernutzungsrechts geschehen sei und daß es sich hierbei um einen rechtmäßigen Überbau handle; die gesetzlichen Vorschriften über den Überbau seien sinngemäß auf das Wohnungseigentum anzuwenden.

In der Änderungsurkunde übertrug der Beteiligte zu 2 über die Beteiligten zu 4 als „Zwischenerwerber“ den Teil seines Sondereigentums, in dem teilweise die künftige Küche der Wohnung Nr.9 eingerichtet wurde, mitsamt einem abgespaltenen Teil seines Miteigentums-

anteils, sowie den Teil seiner Sondernutzungsfläche, die für Räume der künftigen Wohnung Nr.9 in Anspruch genommen wurde, auf den Beteiligten zu 1. Dieser und der Beteiligte zu 2 verbanden dann ihre (teils vergrößerten, teils verkleinerten) Miteigentumsanteile mit dem nach dem geänderten Aufteilungsplan zu den Wohnungen Nr.9 und Nr.10 gehörenden Räumen. In Abschnitt IV der Änderungsurkunde bewilligten und beantragten die jeweils betroffenen Beteiligten, diese Rechtsänderungen in das Grundbuch einzutragen sowie die Vormerkung für den Beteiligten zu 1 Zug um Zug gegen die Umschreibung des Eigentums zu löschen.

Das Grundbuchamt hat die Eintragungsanträge mit Beschluß vom 29.5.1992 zurückgewiesen. Um die in der Urkunde vorgesehenen neuen Eigentumsverhältnisse zu schaffen, seien außer der in der notariellen Urkunde erklärten Auflassung eines Teils der bisherigen Einheit Nr.10 an den Eigentümer der Wohnung Nr.9 Auflassungserklärungen aller Wohnungseigentümer an die Beteiligten zu 1 und 2 bezüglich der bisher gemeinschaftlichen Fläche erforderlich. Wegen § 7 Abs.4 Nr.1 WEG erscheine eine analoge Anwendung der Vorschriften über den Überbau bei der Bildung von Wohnungseigentum nicht möglich. Es sei vielmehr ein Aufteilungsplan erforderlich, aus dem sich die genaue Abgrenzung von Sondereigentum und gemeinschaftlichem Eigentum ergebe. Hier würden die Grenzen zwischen Sondereigentum und gemeinschaftlichem Eigentum jedoch mitten durch die Küche der Wohnung Nr.9 bzw. den Flur Nr.10 gezogen.

Das Landgericht hat das Rechtsmittel der Beteiligten, nachdem weder Grundbuchrechtspfleger noch Grundbuchrichter abgeholfen hatten, zurückgewiesen. Die dagegen eingelegte weitere Beschwerde hätte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Das Landgericht hat ausgeführt: . . .
2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung stand. Das Grundbuchamt hat die Eintragungsanträge zu Recht zurückgewiesen. Ihr Vollzug scheitert daran, daß bisheriges gemeinschaftliches Eigentum als Sondereigentum eingetragen werden soll, ohne daß die materiellrechtlichen und grundbuchrechtlichen Voraussetzungen dafür vorliegen.

a) Welche Räume zum jetzigen Sondereigentum Nr.9 und Nr.10 gehören, die Abgrenzung der Wohnungen voneinander und von den im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Räumlichkeiten ergibt sich gem. § 8 Abs.2 Satz 1, § 7 Abs.4 Nr.1 WEG aus dem ursprünglichen Aufteilungsplan, der durch doppelte Bezugnahme (§ 7 Abs.3 WEG) Inhalt der Wohnungsgrundbücher geworden ist (vgl. BayObLGZ 1980, 226/229 [= MittBayNot 1980, 162 = DNotZ 1980, 747]; 1989, 470/471 f. [= DNotZ 1990, 263], jeweils m. w. N.). Die eingetragenen Grenzen des Sondereigentums Nr.9 und des Sondereigentums Nr.10 sollen nunmehr gemäß der Änderungsurkunde zur Teilungserklärung vom 27.3.1992 geändert werden. Aus dem in der Urkunde in Bezug genommenen geänderten Aufteilungsplan, der zum Inhalt der Wohnungsgrundbücher gemacht werden soll, und aus dessen Vergleich mit dem ursprünglichen, in den Grundbüchern eingetragenen Aufteilungsplan ergibt sich, daß nicht nur ein Teil des bisherigen Sondereigentums Nr.10 zusammen mit einem Bruchteil des Miteigentumsanteils dem Wohnungseigentum Nr.9 zugeschlagen werden soll, sondern daß auch die im gemeinschaftlichen Eigentum stehende Fläche teilweise Sondereigentum der Wohnung Nr.9, teilweise Sondereigentum der Wohnung Nr.10 werden soll. Die Beteiligten haben in der notariellen Urkunde beantragt, alle in dem geänderten Aufteilungsplan mit Nr.9 bzw. Nr.10 bezeichneten Räume als Sondereigentum des Wohnungseigentums Nr.9 bzw. Nr.10 in das Grundbuch einzutragen; die Meinung der Beteiligten, daß mit den Anträgen kein neues Sondereigentum geschaffen werden solle, trifft also nicht zu. Zum neuen Sondereigentum sollen somit auch Räumlichkeiten gehören, die nach dem jetzigen im Grundbuch verlaublichen

Rechtszustand gemeinschaftliches Eigentum sind. Zur Einräumung des Sondereigentums an diesen Flächen ist gem. § 4 Abs. 1 und Abs. 2 WEG die Einigung (Auflassung) zwischen allen Wohnungseigentümern, grundbuchmäßig jedenfalls die Bewilligung der von der Rechtsänderung betroffenen Wohnungseigentümer Nr. 1 bis 8 erforderlich; das Grundbuch würde auch durch die beantragte Eintragung von Sondereigentum unrichtig werden (vgl. BayObLG DNotZ 1990, 37/38 [= MittBayNot 1988, 236 = DNotZ 1990, 37]; BayObLGZ 1991, 313/316 m. w. N.)

b) Die Rechtslage wird auch nicht dadurch zugunsten der Beteiligten geändert, daß dem Beteiligten zu 2 als Eigentümer der Einheit Nr. 10 an der gemeinschaftlichen Fläche ein Sondernutzungsrecht zusteht und daß er auf Grund der Teilungserklärung vom 14. 3. 1983 berechtigt ist, diese Fläche in die Wohnung einzubeziehen, die durch den Ausbau des Sondereigentums Nr. 10 entsteht. Der Inhaber eines Sondernutzungsrechts kann dieses zwar innerhalb der Gemeinschaft auf einen anderen Wohnungseigentümer übertragen, ohne daß es der Mitwirkung der weiteren, nicht beteiligten Wohnungseigentümer bedarf (BGHZ 73, 145 ff. [= MittBayNot 1978, 206 = DNotZ 1979, 168]); auch die Übertragung eines genau bezeichneten Teils einer Sondernutzungsfläche begegnet keinen rechtlichen Bedenken (vgl. BayObLG DNotZ 1988, 30). Durch das Sondernutzungsrecht wird aber die dingliche Rechtslage, auf die es hier allein ankommt, nicht beeinflusst; es stellt keinen Ersatz für das Sondereigentum dar (vgl. BayObLGZ 1991, 313/318), das an allen im geänderten Aufteilungsplan mit Nr. 9 und Nr. 10 bezeichneten Räumlichkeiten nach den Eintragungsunterlagen begründet werden soll und das auch, um eine mit dem Gesetz vereinbare Rechtslage zu schaffen, begründet werden muß. Andernfalls würde es an der Abgeschlossenheit des Sondereigentums fehlen, § 3 Abs. 2 Satz 1 WEG. Die Frage, „ob in den Sondernutzungsräumen auch Sondereigentum entstanden ist“, ist daher entgegen der Ansicht der Beteiligten für den Vollzug der Urkunde von entscheidender Bedeutung.

c) Die Beteiligten meinen, die für die Wohnungen Nr. 9 und 10 ausgebaute und in diese Wohnungen einbezogene gemeinschaftliche Fläche sei entsprechend den Bestimmungen über den entschuldigten oder den rechtmäßigen Überbau (§§ 912 ff. BGB) Sondereigentum im Rahmen dieser Wohnungseigentumsrechte geworden; dem vermag der Senat nicht zu folgen.

(1) Hat der Eigentümer eines Grundstücks bei der Errichtung eines Gebäudes über die Grenze gebaut, ohne daß ihm Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, so hat der Nachbar den Überbau zu dulden, wenn er nicht vor oder sofort nach der Grenzüberschreitung Widerspruch erhoben hat (§ 912 Abs. 1 BGB). Rechtsfolge des entschuldigten Überbaus ist, daß der Teil des Gebäudes, der auf dem Nachbargrundstück errichtet wurde, nicht dessen wesentlicher Bestandteil, sondern wesentlicher Bestandteil des „Stammgebäudes“ und damit gem. §§ 93, 94 BGB auch wesentlicher Bestandteil des Stammgrundstücks (des Grundstücks des überbauenden Eigentümers) wird; das Eigentum am Stammgrundstück erstreckt sich damit gem. § 946 BGB auf das ganze Gebäude (BGHZ 27, 204/206; 62, 141/143; *Palandt/Bassenge* BGB 52. Aufl. Rdnr. 12; *Soergel/J. F. Baur* BGB 12. Aufl. Rdnr. 23 und 29, jeweils zu § 912). Dieselben Grundsätze gelten nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs beim sog. Eigengrenzüberbau (d. h. in dem Fall, daß beide Grundstücke demselben Eigentümer gehören —

BGHZ 64, 333/336 f. [= MittBayNot 1975, 218 = DNotZ 1976, 224]; 110, 298/300 [= MittBayNot 1990, 240 = DNotZ 1991, 595]) und dann, wenn der Eigentümer des zu überbauenden Grundstücks sein Einverständnis erklärt hat (BGHZ 62, 141/144 f.; BGH NJW 1982, 756 f. [= DNotZ 1982, 43]).

(2) Es wird, vor allem unter Hinweis auf die Rechtsfolgen des Eigengrenzüberbaus und des mit Einverständnis des Nachbarn vorgenommenen Überbaus, die analoge Anwendung des § 912 Abs. 1 BGB auf den Fall vertreten, daß das Sondereigentum zu Lasten von im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Räumlichkeiten über seine Grenzen hinaus ausgedehnt wird (vgl. OLG Hamm OLGZ 1976, 61/64; OLG Düsseldorf Beschluß vom 12. 12. 1983 3 W 183/83 — Leitsatz in DWE 1984, 93; OLG Celle OLGZ 1981, 106 ff.; *Bärmann/Pick* WEG 6. Aufl. § 3 Rdnr. 28; *Staudinger/Beutler* BGB 12. Aufl. § 912 Rdnr. 25; *Röll* MittBayNot 1991, 240/242). Dem könnte der Senat nicht folgen, wenn damit gemeint ist, daß an den in das Sondereigentum einbezogenen, im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Räumlichkeiten und an den dazu gehörenden sonderrechtsfähigen Gebäudeteilen infolge des entschuldigten oder erlaubten „Überbaus“ kraft Gesetzes Sondereigentum entsteht. Auch wenn man die Inanspruchnahme gemeinschaftlichen Eigentums durch einen Wohnungseigentümer mit dem Bauen auf einem anderen Grundstück vergleicht (ausdrücklich ablehnend *Brünger* MittRhNotK 1987, 269/277; vgl. auch OLG Köln NJW-RR 1989, 1040; *Weitnauer* WEG 7. Aufl. § 3 Rdnr. 6 i), ergibt sich keine Änderung der Grenzen zwischen gemeinschaftlichem Eigentum und Sondereigentum. Denn der entschuldigte oder erlaubte Überbau ändert nichts am Eigentum an den Grundstücken, das allein in das Grundbuch eingetragen wird; dies muß auch für das Eigentum (gemeinschaftliches und Sondereigentum) gelten, wenn das Grundstück in Wohnungseigentum aufgeteilt ist. Auch formalrechtliche Erwägungen sprechen dagegen, daß hier kraft Gesetzes Sondereigentum entstehen kann: Die grundbuchrechtlichen Voraussetzungen für die Begründung und entsprechend für die rechtsgeschäftliche Änderung von Wohnungseigentum müssen wie die Eintragungsvoraussetzung im Grundbuchantragsverfahren allgemein — von den grundbuchrechtlichen Erklärungen gemäß den §§ 19, 20 GBO abgesehen — durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden (vgl. für die Begründung von Wohnungseigentum § 7 Abs. 4 WEG). Die Entstehung von Sondereigentum an Räumen oder Gebäudeteilen infolge Überbaus hinge aber gem. § 912 Abs. 1 BGB von positiven und negativen Voraussetzungen ab, die sich grundsätzlich nicht durch Urkunden nachweisen lassen; dies würde auch einer Berichtigung des Grundbuchs gem. § 22 GBO im Wege stehen. Es ergeben sich hier dieselben Schwierigkeiten wie in dem Fall, daß das in Wohnungseigentum aufgeteilte Gebäude teilweise auf das Nachbargrundstück hinübergebaut ist (vgl. dazu OLG Stuttgart RPfleger 1982, 375; MünchKomm/Röll BGB 2. Aufl. Rdnr. 18 e, *Augustin* Rdnr. 30, jeweils zu § 1 WEG; *Brünger* MittRhNotK 1987, 269/272 ff.; *Demharter* RPfleger 1983, 133/135 ff., vor allem S. 137; *Rastätter* BWNNotZ 1986, 79/81; *Röll* MittBayNot 1982, 172/173). Die oben zitierten Entscheidungen der Oberlandesgerichte Hamm, Düsseldorf und Celle nehmen auch nicht an, daß durch den „Überbau“ auf gemeinschaftliches Eigentum Sondereigentum entsteht; die entsprechende Anwendung von § 912 Abs. 1 BGB soll nur dazu führen, daß der das gemeinschaftliche Eigentum gutgläubig oder erlaubtermaßen in Anspruch nehmende Wohnungseigentümer sich dem Beseitigungsverlangen der übrigen Wohnungseigen-

tümer erfolgreich widersetzen (OLG Hamm, OLG Celle, jeweils a. a. O.) oder daß er die Änderung der Teilungserklärung verlangen kann, um die Rechtslage den neuen tatsächlichen Verhältnissen anzupassen (OLG Düsseldorf a. a. O.). Im vorliegenden Fall handelt es sich gemäß Abschnitt VIII Nr. 3 der Teilungserklärung vom 14. 3. 1983 sicherlich um einen erlaubten „Überbau“. Welche Rechte und Ansprüche sich für die Beteiligten zu 1 und 2 daraus im einzelnen ergeben, braucht hier nicht näher erörtert zu werden; nicht entbehrlich ist jedenfalls die Umwandlung von gemeinschaftlichem Eigentum in Sondereigentum und damit die Mitwirkung aller Wohnungseigentümer, um den von den Beteiligten mit ihren Eintragungsanträgen erstrebten neuen Rechtszustand herbeizuführen.

Anmerkung der Schriftleitung:

Vgl. hierzu auch den Beitrag von Röll, in diesem Heft S. 265.

13. GBO § 71 Abs. 1; BGB § 1105; ZPO § 323 (Anforderungen an Bestimmbarkeit einer Reallast)

1. Die weitere Beschwerde gegen eine Zwischenverfügung des Grundbuchamts unter Übergehung des Landgerichts ist in jedem Fall unstatthaft.
2. Soll durch eine Reallast der angemessene Unterhalt und seine Anpassung an veränderte Verhältnisse gesichert werden, muß als Mindestvoraussetzung für die Bestimmbarkeit der künftigen Leistungen festgelegt werden, welchen Betrag die Beteiligten derzeit als angemessenen Unterhalt ansehen. Weiter ist anzugeben, durch welche Einkünfte dieser Betrag im einzelnen aufgebracht wird.

BayObLG, Beschluß vom 18. 5. 1993 — 2 Z BR 23/93 = BayObLGZ 1993 Nr. 54 —, mitgeteilt von Notar Dr. Dieter Mayer, Zwiesel, und Johann Demharter, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Der Beteiligte zu 1 ist Eigentümer eines Grundstücks. Er zahlte dem Beteiligten zu 2, seinem Vater, schon bisher einen wertbeständigen monatlichen Betrag von 1 000 DM, der im Rahmen eines Leibgedings durch eine Reallast an einem anderen Grundstück des Beteiligten zu 1 dinglich gesichert war. Dieses Grundstück soll nunmehr veräußert und das Leibgeding aufgehoben werden. Als Ersatz bestellte der Beteiligte zu 1 dem Beteiligten zu 2 zu notarieller Urkunde vom 17. 7. 1992 an seinem eingangs genannten Grundstück eine Reallast. In der Urkunde ist u. a. bestimmt:

Der Beteiligte zu 1 verpflichtet sich, an den Beteiligten zu 2 auf Lebensdauer . . . als dauernde Last monatlich zusätzlich einen Betrag in Höhe 1 000 DM zu zahlen, so daß nach dem Auszug . . . ein Betrag von monatlich 2 000 DM als dauernde Last zu zahlen ist.

Sofern durch eine Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse der standesgemäße Unterhalt des Zahlungsverpflichteten oder des Berechtigten nicht mehr gewährleistet ist, kann der davon Betroffene . . . Abänderungen in entsprechender Anwendung von § 323 ZPO verlangen. Darüber hinaus vereinbaren die Vertragsparteien ergänzend, daß auch bei jeder anderen Änderung der Geschäftsgrundlage Abänderungen entsprechend § 323 ZPO verlangt werden können.

Der Beteiligte zu 1 unterwirft sich wegen der vorstehend vereinbarten Zahlungsverpflichtung in Höhe des monatlichen Betrages von 2 000 DM der sofortigen Zwangsvollstreckung . . .

Die vereinbarte dauernde Last bildet zugleich den Inhalt einer Reallast zugunsten des Beteiligten zu 2, über deren Entstehen die Beteiligten einig sind und deren Eintragung im Grundbuch . . . bewilligt und beantragt wird . . .

Das Grundbuchamt hat den Eintragungsantrag mit Zwischenverfügung u. a. in folgendem Punkt beanstandet: Die Vereinbarung, daß bei jeder Änderung der Geschäftsgrundlage eine Abänderung gem. § 323 ZPO verlangt werden könne, widerspreche dem bei der Reallast geltenden Bestimmtheitsgrundsatz. Es sei daher ein Nachtrag erforderlich, der die Anpassung gem. § 323 ZPO als Inhalt der Reallast fallen lasse.

Die Beteiligten haben gegen die Zwischenverfügung Erinnerung eingelegt. Grundbuchrechtspfleger und -richter haben der Erinnerung, soweit sie den oben genannten Punkt betrifft, nicht abgeholfen. . . .

Das Landgericht hat das Rechtsmittel mit Beschluß zurückgewiesen. Am 27. 11. 1992 haben die Beteiligten eine notarielle Urkunde vom 23. 11. 1992 vorgelegt, in der sie „im Nachtrag zu der Vorurkunde“ u. a. vereinbart haben:

1. Die In . . . der Vorurkunde enthaltene Anpassungsklausel wird folgendermaßen konkretisiert:

Der Begriff des „standesgemäßen Unterhalts“ bestimmt sich nach der Lebensstellung des Berechtigten und des Verpflichteten und umfaßt somit den „angemessenen Unterhalt“ im Sinn von § 1610 Abs. 1 BGB . . .

Der Berechtigte bezieht seine Einkünfte im wesentlichen aus einer gesetzlichen Rente (= gesetzliche Rentenversicherung und Kriegsopferrente).

2. Die Beteiligten . . . stellen fest, daß der ursprünglich vereinbarte Betrag von jährlich 12 000 DM . . . weiterhin wertgesichert ist . . .

Im übrigen wird auf die Vorurkunde Bezug genommen.

Das Grundbuchamt hat daraufhin am 25. 1. 1993 eine weitere Zwischenverfügung erlassen, in der es die Vorlage der Genehmigung der Wertsicherungsklausel verlangt und darauf hinweist, daß die Abänderungsklausel nach wie vor nicht eintragungsfähig sei. Es müßten die einzelnen Umstände angegeben werden, die für die Höhe der Geldrente maßgebend seien, weiter, welchen Betrag der Berechtigte nach seinen bisherigen Lebensverhältnissen, nach Herkunft und Ortsüblichkeit zur Deckung seines standesgemäßen Unterhalts benötige. Entsprechende Angaben seien auch für den Verpflichteten zu machen. Nur dann sei der Begriff des angemessenen Unterhalts wie der des standesgemäßen Unterhalts als Maßstab geeignet.

Die Beteiligten haben gegen den Beschluß des Landgerichts weitere Beschwerde eingelegt. Sie haben außerdem gegen die Zwischenverfügung vom 25. 1. 1993 weitere Beschwerde eingelegt; hier sei die weitere Beschwerde unmittelbar statthaft, weil nach der Begründung des landgerichtlichen Beschlusses bei einer Erstbeschwerde nicht mit einer anderen Entscheidung zu rechnen sei.

Aus den Gründen:

1. Die weitere Beschwerde gegen den Beschluß des Landgerichts ist zulässig und teilweise begründet.

Die weitere Beschwerde gegen die Zwischenverfügung des Grundbuchamts vom 25. 1. 1993 ist unzulässig.

a) Das Landgericht hat zu der Zwischenverfügung vom 27. 7. 1992 ausgeführt: . . .

b) Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung nur teilweise stand.

(1) Nach Abschnitt III der notariellen Urkunde vom 17. 7. 1992 kann die Abänderung der durch die Reallast zu sichernden Leistungen entsprechend § 323 ZPO zunächst dann verlangt werden, wenn der standesgemäße Unterhalt des Verpflichteten oder des Berechtigten infolge Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse nicht mehr gewährleistet ist, daneben ganz allgemein „bei jeder anderen Änderung der Geschäftsgrundlage“. Die allgemeine Änderungsklausel kann ohne die spezielle bestehen, und umgekehrt. Beide Klauseln können daher auch gesondert beanstandet und auf ihre Eintragungsfähigkeit hin überprüft werden. Denn jede einzelne selbständig eintragungsfähige Klausel kann Gegenstand einer Zwischenverfügung sein (vgl. BayObLGZ 1977, 81 ff. [= MittBayNot 1977, 120 = DNotZ 1978, 99]).

(2) Die ursprüngliche Zwischenverfügung des Grundbuchamts ist dahin auszulegen, daß darin nur die allgemeine Abänderungsklausel, die auf die Änderung der Geschäftsgrundlage abstellt, beanstandet wird. Denn auf die Sicherung des standesgemäßen Unterhalts geht die Zwischenverfügung nicht ein; daß dieser Begriff zu unbestimmt sei, wird nicht gerügt.

Erst auf die Entscheidung des Landgerichts hin, die sich eingehend mit der gar nicht beanstandeten speziellen Abänderungsklausel befaßt, greift das Grundbuchamt diese in der weiteren Zwischenverfügung vom 25.1.1993 auf und bezeichnet auch sie als nicht eintragungsfähig. Gegenstand der ersten Zwischenverfügung ist aber nur die allgemeine Abänderungsklausel. Deshalb konnte auch nur sie Gegenstand des Beschwerdeverfahrens sein. Das Landgericht hätte deshalb nicht über die auf den standesgemäßen Unterhalt abstellende weitere Änderungsklausel entscheiden dürfen; insoweit wird seine Entscheidung aufgehoben.

c) Soweit die Entscheidung des Landgerichts die allgemeine Abänderungsklausel betrifft, ist sie nicht zu beanstanden.

(1) Die Reallast unterliegt als dingliches Recht dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz (vgl. BayObLGZ 1990, 188/191 [= MittBayNot 1990, 308]; *Horber/Demharter* GBO 19. Aufl. Anh. zu § 13 Anm. 4 m. w. N.). Diesem Grundsatz ist bei der Reallast genügt, wenn die aus dem Grundstück zu entrichtenden wiederkehrenden Leistungen nicht fest bestimmt, aber immerhin bestimmbar sind. Die Leistungen können ihrem Betrag nach von einer zukünftigen Entwicklung abhängig gemacht werden, wenn sie auch für diesen Fall mit ausreichender Genauigkeit bestimmbar bleiben und vor allem für nachrangig Berechtigte schon bei Bestellung ihrer Rechte einen Überblick über den möglichen künftigen Umfang der ihrem Recht vorgehenden Reallast ermöglichen. Für die Bestimmung des Leistungsumfanges können außerhalb der Eintragung liegende Umstände herangezogen werden, soweit auf sie verwiesen ist und soweit sie im Einzelfall nachprüfbar sind. Die Anforderungen an den Anpassungsmaßstab dürfen nicht überspannt, sie dürfen aber im Hinblick auf die Interessen der nachrangig Berechtigten auch nicht zu großzügig angesetzt werden (vgl. zum Ganzen BGH NJW 1990, 2380 f. [= DNotZ 1991, 803]; BayObG MittBayNot 1987, 94/95 f. m. w. N.; OLG Frankfurt Rpfleger 1988, 247; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1990, 218; *Horber/Demharter* Anh. zu § 44 Anm. 15 a aa).

(2) Die Regelung, daß „bei jeder anderen Änderung der Geschäftsgrundlage“ Abänderungen der durch die Reallast zu sichernden Leistungen entsprechend § 323 ZPO verlangt werden können, genügt dem Bestimmtheitsgrundsatz nicht. Dieser Maßstab ist genau so unbestimmt wie die „Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten“ (BayObLG MittBayNot 1979, 233 ff.; OLG Hamm OLGZ 1988, 260 ff.) oder eine „wesentliche Änderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten“ (OLG Frankfurt a. a. O.); in diesen Fällen ist die Eintragungsfähigkeit verneint worden. Die Eintragungsbewilligung macht auch keine Angaben dazu, von welcher Geschäftsgrundlage die Beteiligten bei der Bemessung der monatlichen Rente von 2 000 DM im einzelnen ausgegangen sind; damit läßt sich auch nicht feststellen, wann eine Änderung der Geschäftsgrundlage, die sich auf die Höhe der gesicherten Leistungen auswirkt, eingetreten ist. Der Hinweis auf § 323 ZPO ändert daran nichts (vgl. BayObLG, OLG Frankfurt jeweils a. a. O.). Das Grundbuchamt hat damit zu Recht die Eintragungsfähigkeit dieser Klausel verneint.

2. Weitere Beschwerde gegen die Zwischenverfügung des Grundbuchamts vom 25. 1. 1993.

Dieses Rechtsmittel ist unzulässig. Gegen die Zwischenverfügung des Grundbuchamts findet gem. § 71 Abs. 1 GBO die Beschwerde statt (vgl. *Horber/Demharter* § 71 Anm. 11), über die gem. §§ 72, 81 Abs. 1 GBO eine Zivilkammer des übergeordneten Landgerichts entscheidet. Eine Ausnahme sieht das Gesetz nicht vor (vgl. *Horber/Demharter* § 72 Anm. 2 b). Sie kann entgegen der Ansicht der Beteiligten auch aus Gründen der „Verfahrensökonomie“ nicht gemacht werden, weil nach der Begründung des Beschlusses vom 12. 10. 1992 nicht mit einer anderen Entscheidung des Landgerichts zu rechnen sei.

3. Zu der Zwischenverfügung des Grundbuchamts vom 25. 1. 1993 wird bemerkt:

a) Nachdem auch die ursprünglich übernommene wertgesicherte Rente von 1 000 DM durch die Reallast gesichert werden soll, ist das Verlangen des Grundbuchamts, den Genehmigungsbescheid der Bundesbank nach § 3 WährG vorzulegen, gerechtfertigt.

b) Nach der Entscheidung des Senats BayObLGZ 1953, 200 ff. kann bei einer ursprünglich geschuldeten Rente von fester Höhe als Inhalt einer Reallast in das Grundbuch eingetragen werden, daß an Stelle der Leibrente die Verpflichtung tritt, dem Berechtigten den zu einem standesgemäßen Unterhalt erforderlichen Geldbetrag in monatlichen Raten im voraus zu entrichten, wenn sich die Währungs- und Wirtschaftsverhältnisse derart ändern, daß die Leibrente für einen standesgemäßen Unterhalt des Berechtigten nicht mehr ausreicht. Aus der Bestellungsurkunde war, was die wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten betrifft, nur noch das Gewerbe des verstorbenen Ehemannes der Berechtigten und deren Wohnort zu entnehmen sowie der Umstand, daß die Eingehung der Leibrentenverpflichtung im Zusammenhang damit stand, daß die Berechtigte der Verpflichteten ihr städtisches Anwesen überließ. In der Entscheidung BayObLG MittBayNot 1987, 94 ff. hat der Senat eine Klausel als noch ausreichend bestimmt angesehen, nach der der Berechtigte gem. § 323 ZPO eine angemessene Anpassung verlangen kann, wenn eine wesentliche Änderung derjenigen Verhältnisse eintritt, die jetzt für die Festlegung der durch Reallast zu sichernden Leistungen maßgebend sind; zu diesen Verhältnissen ist ausgeführt, daß die im einzelnen bestimmten Zahlungen und Naturalleistungen zusammen mit den übrigen Rechten und Einkünften des Veräußerers (= Berechtigten) dessen standesgemäßen Unterhalt unter gleichzeitiger Berücksichtigung der Leistungsfähigkeit (vor allem des Betriebsgewinns) der übergebenen Gastwirtschaft und des übergebenen Grundbesitzes sichern; zur Höhe der Einkünfte ist nichts gesagt. Noch weitergehende Anforderungen stellt in einem vergleichbaren Fall das Oberlandesgericht Oldenburg (NJW-RR 1990, 1174) auf; es verlangt, daß die Beteiligten bei dem Hinweis auf den „standesgemäßen Unterhalt“ des Zahlungsverpflichteten und -berechtigten auch angeben, von welchen tatsächlichen Bemessungsgrundlagen sie ausgegangen sind, welche einzelnen Umstände für die Bemessung der Leibrente maßgebend sind und welchen monatlichen Betrag der Berechtigte nach seinen bisherigen Lebensverhältnissen, nach Herkunft und Ortsüblichkeit benötigt, um seinen standesgemäßen Lebensunterhalt zu bestreiten. Das gleiche gelte im wesentlichen auch für den Zahlungsverpflichteten.

c) Soweit in der Entscheidung des Oberlandesgerichts Oldenburg an die Bestimmbarkeit strengere Anforderungen als in der bisherigen Rechtsprechung des Bayerischen Obersten Landesgerichts gestellt werden, schließt sich der Senat dem an. Denn für die nachrangig Berechtigten muß schon bei der Bestellung ihrer Rechte der künftige Umfang der vorgehenden Reallast abschätzbar sein. Dies ist nur dann gewährleistet, wenn die bei Bestellung der Reallast für die Höhe der zu sichernden Leistungen maßgebenden Bemessungsgrundlagen feststehen. Bei einer Unterhaltssicherungsklausel gehört hierzu mindestens, daß die Beteiligten den Betrag angeben, den sie zur Bestreitung des standesgemäßen oder angemessenen Unterhalts benötigen. Weiter ist anzugeben, aus welchen Einkünften dieser Betrag bestritten wird. Es muß erkennbar sein, in welcher Höhe Einkünfte aus einer bestimmten Einkunftsart (z. B. Lohn oder Gehalt, Zins- oder Mieteinnahmen, Einnahmen aus Gewerbebetrieb) zur Deckung des angemessenen Unterhalts eingesetzt werden. Die Höhe der nicht hierfür verwendeten Einkünfte braucht nicht angegeben zu werden. Schließlich ist anzugeben, ob der bezeichnete Unterhaltsbetrag nur für den Beteiligten allein oder auch für weitere, ihm gegenüber unterhaltsberechtigte Personen bestimmt ist. Nur auf dieser Grundlage ist ausreichend bestimmbar, ob und in welchem Umfang sich eine Änderung der Verhältnisse auf die Höhe der gesicherten Leistungen auswirkt.

14. WEG § 10 Abs. 1; BGB § 133; GBO § 19 (*Zulässigkeit der Abänderung der Teilungserklärung durch den Bauträger*)

1. **Der Alleineigentümer verliert die Befugnis zu einseitiger Änderung der Teilungserklärung nach Eintragung einer Auffassungsvormerkung für den ersten Erwerber eines Wohnungseigentums.**
2. **Eine Vollmacht in einem Kaufvertrag über eine Eigentumswohnung, durch die der Erwerber den Veräußerer bevollmächtigt, die Teilungserklärung zu ändern, solange „dem Käufer keine zusätzlichen Verpflichtungen auferlegt werden, sein Sondereigentum unangetastet bleibt und die Benutzung des Gemeinschaftseigentums nicht eingeschränkt wird“, ist für eine Eintragung in das Grundbuch keine geeignete Grundlage.**

BayObLG, 2. Zivilsenat, Beschluß vom 24. 6. 1993 — 2 Z BR 56/93 = BayObLGZ 1993 Nr. 61 —, mitgeteilt von Notar Dr. M. Perret, Marktobendorf, und Johann Demharter, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligte zu 1 begründete mit notarieller Urkunde vom 8. 3. 1990 nach § 8 WEG an einem von ihr zu errichtenden Wohnhaus Wohnungs- und Teileigentum. Die Beteiligten zu 2 bis 25 sind die Käufer von Wohnungs- und Teileigentumseinheiten in der jetzt fertiggestellten und bezogenen Wohnanlage. Sie sind in den bereits angelegten Wohnungsgrundbüchern noch nicht eingetragen; der Eigentumsverschaffungsanspruch ist jedoch durch eine Vormerkung gesichert.

In der Teilungserklärung ist bestimmt, daß die Eigentümer der Erdgeschoßwohnungen berechtigt sind, die vor ihren Wohnungen gelegenen Grundstücksflächen als Terrassen und Ziergärten jeweils unter Ausschluß des Mitbenutzungsrechts aller anderen Eigentümer allein zu benutzen. In der im Grundbuch eingetragenen Gemeinschaftsordnung heißt es, daß bauliche Veränderungen, die sich nicht auf das Innere der im Sondereigentum stehenden Räume beziehen, insbesondere Veränderungen, die das gemeinschaftliche Eigentum oder die äußere Gestaltung der Gebäude oder Teile der Gebäude berühren, nur mit Zustimmung sämtlicher Eigentümer zulässig sind.

In den Kaufverträgen mit den Beteiligten zu 2 bis 10, die vor Errichtung der Teilungserklärung abgeschlossen worden sind, heißt es u. a.:

Der Verkäufer wird ermächtigt und unwiderruflich bevollmächtigt, die Teilungserklärung mit Gemeinschaftsordnung nach billigem Ermessen zu erstellen, . . . Die Vollmacht erstreckt sich auch auf die Begründung von Sondernutzungsrechten an den vor den Erdgeschoßwohnungen aller drei zu errichtenden Häusern gelegenen Terrassen und Gartenflächen . . .

Darüber hinaus ließ sich die Beteiligte zu 1 von den Beteiligten zu 2 bis 10 in den Kaufverträgen die Vollmacht erteilen,

solche Änderungen der Teilungserklärung samt Gemeinschaftsordnung vorzunehmen, die dem Käufer keine zusätzlichen Verpflichtungen auferlegen, sein Sondereigentum unangetastet lassen und die Benutzung des Gemeinschaftseigentums . . . nicht einschränken . . .

Schließlich enthält der Kaufvertrag mit der Beteiligten zu 2 noch zusätzlich folgende Vollmacht:

Vollmacht zur Vereinbarung von Sondernutzungsrechten an den vor den Wohnungen im Erdgeschoß aller drei zu errichtenden Wohnhäuser gelegenen Terrassen und Gartenflächen zugunsten der Eigentümer der daran angrenzenden Wohnungen, soweit dies nicht schon in der Teilungserklärung geschieht, . . .

In den Kaufverträgen mit den übrigen Beteiligten ließ sich die Beteiligte zu 1 ausdrücklich die Vollmacht erteilen, die Teilungserklärung samt Gemeinschaftsordnung dahingehend abzuändern, daß auf den Sondernutzungsflächen vor den Erdgeschoßwohnungen auch Wintergärten errichtet werden dürfen.

Mit notarieller Urkunde vom 3. 4. 1992 erklärte die Beteiligte zu 1 im eigenen Namen und im Namen der Beteiligten zu 2 bis 25 folgende Änderung der Gemeinschaftsordnung:

Die in der Vorurkunde enthaltene Gemeinschaftsordnung wird bezüglich § 6 Abs. 2 insoweit geändert und ergänzt, als die Eigentümer der Erdgeschoßwohnungen ohne Zustimmung der übrigen Wohnungs- und Teileigentümer berechtigt sind, unter Einhaltung der baurechtlichen Vorschriften einen Wintergarten auf ihren Sondernutzungsflächen zu errichten und dauernd zu belassen und zu unterhalten unter der Bedingung, daß etwaige Schäden, die dadurch am Gemeinschaftseigentum oder am angrenzenden Sondereigentum entstehen, unverzüglich ersetzt werden und alle mit der Herstellung der Wintergärten verbundenen Kosten zu Lasten des jeweiligen Wohnungseigentümers gehen. Entsprechende Eintragung in den Wohnungs- und Teileigentumsgrundbüchern wird bewilligt und beantragt.

Die Beteiligte zu 8 genehmigte mit notarieller Urkunde vom 11. 5. 1992 die Änderungserklärung.

Auf den Antrag der Beteiligten zu 1 bis 25, die Änderungen in den Grundbüchern einzutragen, hat das Grundbuchamt mit den Zwischenverfügungen vom 30. 6. 1992 und 24. 7. 1992 aufgegeben, die Zustimmung der Beteiligten zu 2 bis 7, 9 und 10 und bestimmter in der Zwischenverfügung im einzelnen aufgeführter dinglich Berechtigter in notarieller Form nachzuweisen. Der Erinnerung der Beteiligten zu 1 gegen die Zwischenverfügungen hat das Amtsgericht nicht abgeholfen. Das Landgericht hat die Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1. Am 4. 2. 1993 hat das Grundbuchamt den Eintragsantrag abgewiesen.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

1. Die weitere Beschwerde ist zulässig. (*Wird ausgeführt.*)

2. Das Landgericht hat ausgeführt: . . .

3. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Zutreffend geht das Landgericht davon aus, daß die Änderung der Teilungserklärung der Bewilligung durch die Beteiligten zu 2 bis 9 sowie 9 und 10 bedarf. Zwar ist die Beteiligte zu 1 noch als Eigentümerin aller Wohnungs- und Teileigentumsrechte im Grundbuch eingetragen; sie kann jedoch die Teilungserklärung nicht mehr durch einseitige Erklärung

ändern. Der Alleineigentümer verliert die Befugnis hierzu mit der Eintragung einer Auflassungsvormerkung für den ersten Erwerber eines Wohnungseigentums; ab diesem Zeitpunkt ist die Zustimmung der Berechtigten einer Auflassungsvormerkung erforderlich (BayObLGZ 1974, 217/219 [= DNotZ 1975, 31]; BayObLG BWNNotZ 1989, 64; KEHE/Ertl Grundbuchrecht 4. Aufl. Einl. Rdnr. E 73; Haegele/Schöner/Stöber Grundbuchrecht 9. Aufl. Rdnr. 2962). Mit Anlegung der Wohnungsgrundbücher und Eintragung einer Auflassungsvormerkung für den ersten Erwerber eines Wohnungseigentums kann, obwohl Eigentümer aller Wohnungseigentumsrechte noch der teilende Grundstückseigentümer ist, eine faktische Wohnungseigentümergeinschaft entstanden sein, wenn außerdem Besitz, Nutzungen, Lasten und Gefahr auf den Erwerber übergegangen sind (BayObLGZ 1990, 101). Das Bestehen einer faktischen Wohnungseigentümergeinschaft kann aber nicht Voraussetzung für die gegenüber dem Grundbuchamt erforderliche Zustimmung des Berechtigten einer Auflassungsvormerkung für eine Änderung der Teilungserklärung samt Gemeinschaftsordnung sein, weil dem Grundbuchamt in dem durch die Beweismittelbeschränkung geprägten Eintragungsverfahren (vgl. § 29 GBO) die Voraussetzungen für den Übergang von Besitz, Nutzungen, Lasten und Gefahr in aller Regel nicht nachgewiesen werden können. Abgestellt werden kann daher nur auf die Eintragung einer Auflassungsvormerkung. Insoweit schränkt der Senat seine bisherige Rechtsprechung ein.

Wird die Zustimmung der Berechtigten einer Auflassungsvormerkung verlangt, so entspricht dies nicht der gesetzlichen Regel, wonach vormerkungswidrige Verfügungen ohne Zustimmung des Vormerkungsberechtigten eingetragen werden können, weil der Vormerkungsberechtigte sich sein Recht nach § 888 BGB verschaffen muß. An diesem Grundsatz kann hier ausnahmsweise nicht festgehalten werden. Blicke es dem einzelnen Vormerkungsberechtigten überlassen, eine vormerkungswidrige Änderung der Gemeinschaftsordnung rückgängig zu machen, könnte er dies nur für sich, nicht aber für andere Vormerkungsberechtigte erreichen, die — aus welchen Gründen auch immer — ihre Rechte aus der Vormerkung nicht geltend machen wollen. Dies hätte wiederum zur Folge, daß die Gemeinschaftsordnung nicht einheitlich im Verhältnis aller künftigen Wohnungseigentümer zueinander gälte, also im Grundbuch nicht als Inhalt des Sondereigentums aller Wohnungseigentumsrechte eingetragen werden könnte. In aller Regel kann eine Wohnungseigentümergeinschaft aber nur funktionieren, wenn die Regelungen der Gemeinschaftsordnung wegen ihres satzungähnlichen Charakters für alle Wohnungseigentümer einheitlich gelten (vgl. BGH NJW 1987, 650/651 [= MittBayNot 1987, 84 = DNotZ 1988, 24]. Es gibt keinen Sinn, wenn z. B. einzelne Wohnungseigentümer sich an den gemeinschaftlichen Kosten (§ 16 Abs. 2 WEG) nach der Größe ihrer Miteigentumsanteile zu beteiligten hätten und andere nach der Größe ihrer Wohnungen oder wenn sich das Stimmrecht für einen Teil der Wohnungseigentümer nach dem Kopfprinzip richtete und für einen anderen Teil nach der Größe der Miteigentumsanteile. Aus denselben Gründen wurde auch ein Schutz des guten Glaubens eines einzelnen Erwerbers an Vereinbarungen der Wohnungseigentümer über ihr Verhältnis untereinander verneint, die im Grundbuch als Inhalt des Sondereigentums eingetragen sind (Demharter DNotZ 1991, 28/34 f.). Diese Gründe zwingen auch dazu, eine Änderung der Gemeinschaftsordnung, insbesondere durch den teilenden Grundstückseigentümer, der

noch als Eigentümer aller Wohnungseigentumsrechte im Grundbuch eingetragen ist, von der Zustimmung der Vormerkungsberechtigten abhängig zu machen.

b) Auch die Bewilligung der Grundpfandrechtsgläubiger ist erforderlich.

Ist das Wohnungseigentum mit dem Recht eines Dritten belastet, so ist sachenrechtlich dessen Zustimmung zu der Inhaltsänderung gem. §§ 877, 876 Satz 1 BGB erforderlich. Aus dem Schutzzweck dieser Vorschriften, wie er auch in § 876 Satz 2 BGB zum Ausdruck kommt, ist allerdings zu folgern, daß die Zustimmung des Dritten unnötig ist, wenn seine dingliche Rechtsstellung durch die Änderung nicht berührt wird. Dabei kommt aber nur eine rechtliche und nicht bloß eine wirtschaftliche Beeinträchtigung in Betracht. Nichts anderes gilt in formeller Hinsicht für die Grundbucheintragung. Nach § 19 GBO ist dazu die Bewilligung desjenigen erforderlich, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird. Auch insoweit kommt es nur darauf an, ob ein grundbuchmäßiges Recht rechtlich beeinträchtigt wird oder werden kann. Ist nach materiellem Recht für die Rechtsänderung die Zustimmung des Drittberechtigten notwendig, so ist auch grundbuchrechtlich seine Eintragungsbewilligung erforderlich (BayObLG Rpfleger 1991, 500 f. [= MittBayNot 1991, 220 = DNotZ 1992, 714] m. w. N.).

c) Die Bewilligung kann auch von einem Vertreter abgegeben werden, wobei entweder eine wirksame Vollmacht oder eine nachträgliche Genehmigung des Betroffenen nach § 177 Abs. 1 BGB jeweils in der Form des § 29 GBO nachzuweisen ist (BayObLG BWNNotZ 1989, 64 f.).

Im vorliegenden Fall hat die Beteiligte zu 1 für sich und die übrigen Beteiligten die Teilungserklärung geändert und die Eintragung der Änderung in den Wohnungs- und Teilgrundbüchern bewilligt und beantragt.

Bei der Auslegung einer Vollmacht sind die für Grundbucherklärungen geltenden Grundsätze anzuwenden; es ist auf den Wortlaut und Sinn der Vollmacht abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung ergibt. Bei der Auslegung ist jedoch zu beachten, daß der das Grundbuchverfahren beherrschende Bestimmtheitsgrundsatz und das grundsätzliche Erfordernis urkundlich belegter Eintragungsunterlagen der Auslegung durch das Grundbuchamt Grenzen setzen. Eine Auslegung kommt im übrigen nur in Betracht, wenn sie zu einem zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis führt (Horber/Demharter § 19 Anm. 16 c, 8 b). Die Auffassung des Landgerichts, daß die Bewilligungen durch die erteilten Vollmachten nicht gedeckt sind, hält im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung stand.

(1) Soweit die Kaufverträge die Klausel enthalten, daß der Verkäufer bevollmächtigt wird, die Teilungserklärung mit Gemeinschaftsordnung nach billigem Ermessen zu erstellen, wird diese Regelung durch die in denselben Kaufverträgen enthaltene, vorgehende Spezialregelung bezüglich der Änderung der Teilungserklärung verdrängt. Abgesehen davon erstreckt sich diese Vollmacht nur auf die Begründung von Sondernutzungsrechten an den vor den Erdgeschoßwohnungen aller drei zu errichtenden Häusern gelegenen Terrassen und Gartenflächen; sie rechtfertigt aber nicht eine Änderung der Teilungserklärung dahingehend, daß die Regelung des § 22 Abs. 1 WEG bezüglich der Errichtung von Wintergärten abbedungen wird. Letzteres gilt im übrigen entsprechend für die in dem Kaufvertrag mit dem Beteiligten zu 2 enthaltene zusätzliche Vollmacht.

(2) Die Vollmacht, solche Änderungen der Teilungserklärung vorzunehmen, die dem Käufer keine zusätzlichen Verpflichtungen auferlegen, sein Sondereigentum unangetastet lassen und die Benutzung des Gemeinschaftseigentums nicht einschränken, widerspricht dem das Grundbuchverfahren beherrschenden Bestimmtheitsgrundsatz. Eine Auslegung führt nicht zu einem zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis. Unklar ist bereits, ob aufgrund dieser Vollmacht Änderungen der Teilungserklärung vorgenommen werden können, die dem Käufer mittelbar zusätzliche Verpflichtungen auferlegen, z. B. in dem Fall, daß ein Wohnungseigentümer der von ihm übernommenen Verpflichtung nicht nachkommt, alle mit der Herstellung der Wintergärten verbundenen Kosten zu tragen. Auch die Regelung, daß das Sondereigentum „unangetastet“ bleiben müsse, ist nicht eindeutig bestimmt. Die Auslegung, daß in den Bestand des Sondereigentums nicht eingegriffen werden dürfe (vgl. BayObLG BWNotZ 1989, 64 ff.), ist ebenso möglich wie die, daß durch die Änderung der Teilungserklärung für das jeweilige Sondereigentum kein über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Maß hinausgehender Nachteil erwachsen dürfe (vgl. § 14 Nr. 1 WEG). Schließlich läßt die Bestimmung, daß die Benutzung des Gemeinschaftseigentums nicht eingeschränkt werden dürfe, offen, ob damit z. B. auch die nachteilige Veränderung des Gesamteindrucks der Anlage durch die Errichtung eines Wintergarten mit umfaßt ist.

(3) Die Vollmacht rechtfertigt die beantragte Eintragung vor allem auch deshalb nicht, weil die Eintragungsunterlagen urkundlich belegt sein müssen.

Im Antragsverfahren wie hier ist nach § 29 GBO nur der Urkundenbeweis zulässig. Eine Beweisaufnahme durch Erholung von Gutachten, Vernehmung von Sachverständigen, Zeugen und Beteiligten sowie die Vornahme eines Augenscheins findet nicht statt (vgl. *Horber/Demharter* § 1 Anm. 17 a). In der genannten Vollmacht werden unbestimmte Begriffe wie „zusätzliche Verpflichtungen“, „Sondereigentum unangetastet lassen“ und „die Benutzung des Gemeinschaftseigentums nicht einschränken“ benutzt, die zur Ausfüllung eine Wertung durch das Grundbuchamt unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände erfordern. Eine solche Wertung wird vielfach nur nach einer Beweisaufnahme möglich sein. Die Vollmacht ist deshalb als Grundlage für eine Eintragung grundsätzlich ungeeignet.

15. EGBGB Art. 233 §§ 2 a, b; LPGG § 27; VZOG §§ 1 ff (*Verfahren bei Zweifeln über die Entstehung von Gebäudeeigentum*)

1. Im Verfahren zur erstmaligen Anlegung von Gebäudegrundbüchern gilt der Amtsermittlungsgrundsatz.
2. Bei Zweifeln über die Entstehung von Gebäudeeigentum kommt daher ein Feststellungsverfahren nach dem VZOG erst in Betracht, nachdem das Grundbuchamt im Rahmen seiner Amtsermittlung erschöpfend tätig geworden ist.

(Leitsätze der Schriftleitung)

Bezirksgericht Meiningen, Beschluß vom 12.3.1993 — 2 T 88/93 —, mitgeteilt von Notar *Dr. Stefan Hügel*, Weimar

Aus dem Tatbestand:

Mit am 04.12.1992 beim Kreisgericht S., Grundbuchamt, eingegangenen Schriftsatz stellte die Agrargenossenschaft den Antrag, in den Gemarkungen (16 Gebäude), ... (3 Gebäude), ... (9 Gebäude), ... (3 Gebäude), ... (11 Gebäude), ... (5 Gebäude) sowie ... (1 Gebäude) liegende bauliche Einrichtungen und Gebäude in das Grundbuch aufzunehmen.

Mit Zwischenverfügung der Grundbuchrechtspflegerin wurde der Antragstellerin mitgeteilt, daß vor Anlegung von Gebäudegrundbüchern die vorherige Feststellung der zuständigen Oberfinanzdirektion bezüglich des entstandenen Gebäudeeigentums und des Eigentümers notwendig ist.

Dagegen legte der Wirtschaftsberater der Antragstellerin Erinnerung ein. Nach seiner Auffassung ist durch einen ausdrücklichen Bestätigungsvermerk des Staatlichen Amtes für Landwirtschaft, nachgewiesen worden, daß die vom Antrag erfaßten Gebäude in Ausübung des (bisherigen) genossenschaftlichen Nutzungsrechts am Boden errichtet wurden und das Eigentumsrecht der Antragstellerin an Gebäuden unstrittig und nachgewiesen sei.

Mit der Erinnerung wurde die Anlegung gesonderter Gebäudegrundbuchblätter weiter verfolgt.

Die Rechtspflegerin half dem Rechtsbehelf nicht ab. Nach ihrer Auffassung ist seitens der Antragstellerin kein Nachweis erbracht worden, daß sie Rechtsnachfolgerin der LPG und Eigentümerin der im Antrag genannten Gebäude geworden sei.

Der Richter half der Erinnerung nicht ab und legte sie dem Bezirksgericht zur Entscheidung vor (§ 72, § 81 Abs. 1 GBO, § 11 Abs. 2 Satz 4 und 5 Rechtspflegergesetz; Einigungsvertrag, Anlage I, Kapitel III, Sachgebiet A, Abschnitt III, Ziff. 1, Maßgabe h), Abs. 1).

Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist zulässig (§ 71 GBO) und auch begründet. Abgesehen davon, daß ... ist das Grundbuchamt irrtümlich von der im Berichtigungsverfahren nach § 22 GBO die Antragstellerin treffenden Nachweispflicht, und damit einem Eintragungshindernis ausgegangen.

Im Verfahren zur erstmaligen Anlegung von Gebäudegrundbüchern besteht jedoch der Amtsermittlungsgrundsatz.

Nach § 27 des bis zum 31.12.1991 fortgeltenden LPG-Gesetzes vom 2.7.1982 erwarb eine LPG bezüglich der Gebäude, Anlagen und Anpflanzungen, die sie auf fremden Boden errichtete, isolierendes Eigentum. Dieses auf dem ersatz- und übergangslos im Juni 1990 aufgehobenen § 18 LPG-Gesetz beruhende Nutzungsrecht hatte sie an eingebrachten Grundstücken ihrer Mitglieder, an in ihrem Eigentum stehenden Grundstücken, sowie an Grundstücken, für die sie die Rechtsträgerschaft bzw. Nutzungsrechte übertragen bekam.

Auch nach dem 03.10.1990 blieb und bleibt das vom Grundeigentum getrennte selbständige LPG-Gebäudeeigentum nach Maßgabe des nunmehr mit dem am 1.11.1992 in Kraft getretenen 2. Vermögensrechtsänderungsgesetz vom 14.7.1992 (BGBl I, Nr. 33, S. 1257) als Artikel 233 § 2 a EGBGB eingeführten Moratoriums bis zum Erlaß eines Gesetzes zur Bereinigung des Sachenrechts, längstens bis zum 31. Dezember 1994, erhalten.

Mit Artikel 233 § 2 b EGBGB wird dieses isolierte Gebäudeeigentum dem Grundstücksrecht des BGB unterstellt und gleichzeitig dafür die Anlegung von Gebäudegrundbüchern angeordnet (Abs. 2).

Diese Gebäudegrundbuchblätter sind auf Antrag des Nutzers für solches Gebäudeeigentum anzulegen, welches auf vor dem 3. Oktober 1990 mit Billigung staatlicher oder gesellschaftlicher Organe der LPG zur Nutzung, Bewirtschaftung und Verwaltung übergebenen Grundstücken (Art. 233 § 2 a Abs. 1 Buchst. b EGBGB) oder auf nach § 27 LPG-Gesetz genutzten Boden (Art. 233 § 2 b Abs. 2 Satz 1 EGBGB) entstand.

Bei Zweifeln über die Entstehung von Gebäudeeigentum oder über den Eigentümer, hat der Gesetzgeber ein Feststellungsverfahren nach dem Gesetz über die Feststellung der Zuordnung von ehemals volkseigenem Vermögen — Vermögenszuordnungsgesetz, VZOG — in der Fassung der Bekanntmachung vom 3.8.1992 (BGBl I, S. 1464) vorgeschaltet. Danach hat der Präsident der zuständigen Oberfinanzdirektion eine für das Grundbuchamt nicht mehr nachprüfbare bestandskräftige Entscheidung zu treffen.

Ein solches „Vorschaltverfahren“ kann jedoch erst eingeleitet werden, wenn das Grundbuchamt im Rahmen seiner Amtsermittlung erschöpfend tätig geworden ist.

Mit der Anlegung von Gebäudegrundbuchblättern wird keine nach § 894 BGB entstandene Unrichtigkeit korrigiert. Vielmehr behandelt Artikel 233 § 2 b EGBGB das LPG-Gebäudeeigentum als bestehend, für das nunmehr erstmals im Rahmen des Anlegungsverfahrens nach den §§ 7–17 der VO zur Ausführung der Grundbuchordnung — AusfVO — (Einigungsvertrag, Anlage I, Kapitel III, Sachgebiet B, Abschnitt III, Ziff. 2) Grundbuchblätter anzulegen sind. In diesem Rahmen hat das Grundbuchamt die Möglichkeit, amtliche Verzeichnisse und andere Unterlagen beizuziehen, geeignete Beweise zu erheben und ggf. ein Aufgebot zu erlassen.

Die demgegenüber mittels Zwischenverfügung ergangene Ablehnung mußte somit aufgehoben werden (§ 77 GBO).

16. EGBGB Art. 233 § 11 Abs. 2; BGB §§ 741 ff. (*Anteilsverhältnisse bei Erbfolge in Bodenreformgrundstücke*)

1. **Eigentümer eines Grundstücks aus der Bodenreform, in dessen Grundbuch eine verstorbene Person eingetragen ist, sind deren Erben zu Bruchteilen.**
2. **Die einzelnen Anteile der Miterben bestimmen sich nach den in dem Erbschein ausgewiesenen Erbquoten; § 742 BGB als Ausnahmenvorschrift ist nicht anwendbar.**
3. **Gegen eine erfolgte Eintragung der Erben zu gleichen Bruchteilen ist die Eintragung eines Amtswiderspruches gem. § 3 GBO zulässig.**

LG Leipzig, Beschluß vom 9.7.1993 — 4 T 3232/93 —, mitgeteilt von Dipl.-Rpfleger (FH) *Ulrich Keller*, Leipzig

Aus dem Tatbestand:

Bei den Beschwerdeführern handelt es sich um die Erben des am 11.02.1975 in P. verstorbenen Herrn D. Laut gemeinschaftlichen Erbschein des Kreisgerichtes G. vom 27.11.1992 wurde Herr D. beerbt von den Beteiligten zu 1. bis 3. zu je $\frac{1}{4}$ und den Beteiligten 4. und 5. zu je $\frac{1}{5}$.

Am 14.12. beantragten die Beschwerdeführer die Berichtigung des Grundbuchs von G. dahingehend, daß nunmehr sie als neue Eigentümer des o. g. Grundstückes entsprechend der durch Erbschein ausgewiesenen Erbteile eingetragen werden. Bis zu diesem Zeitpunkt war der Erblasser als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Dieser hatte das Grundstück im Zuge der Bodenreform zu Eigentum erlangt. Ein entsprechender Bodenreformvermerk war im Grundbuch eingetragen.

Entgegen dem Antrag der Beschwerdeführer trug das Grundbuchamt diese als Eigentümer zu gleichen Teilen (je $\frac{1}{5}$) im Grundbuch von P. ein.

Auf einen entsprechenden Hinweis der Beschwerdeführer wies der zuständige Rechtspfleger des Grundbuchamtes diese auf die Vorschrift des Artikel 233 EGBGB, § 11 hin. Danach seien bei Erbfolge in Bodenreformgrundstücke die tatsächlichen Erbquoten unbeachtlich und die Eintragung zu gleichen Teilen vorzunehmen.

Hiergegen wenden sich die Beschwerdeführer mit ihrem Rechtsmittel vom 18.2.1993. Das Grundbuchamt könne sich nicht einfach über im Erbschein festgelegte Erbquoten hinwegsetzen und Eintragungen vornehmen, die einer Urkunde des Nachlaßgerichts entgegenstünden.

Das Grundbuchamt hat dem Rechtsmittel nicht abgeholfen. Zum einem fände bei Bodenreformgrundstücken eine Erbfolge nicht statt, vielmehr seien die Erben Eigentümer in Bruchteilsgemeinschaft, also zu gleichen Teilen. Im übrigen berechtige die Frage des Berechtigungsverhältnisses nicht zu einer Grundbuchberichtigung nach § 53 GBO.

Aus den Gründen:

Das als Erinnerung auszuliegende (§ 300 StPO entsprechend) und nunmehr als Beschwerde zu behandelnde (§ 11 Abs. 2 Satz 4, 5 RpfLG Rechtsmittel der Beschwerdeführer ist zulässig gem. § 71 GBO und auch begründet.

Die Beschwerde ist dahingehend auszulegen, daß gem. § 71 Abs. 2 Satz 2 GBO beantragt wird, das Grundbuchamt anzuweisen, nach § 53 GBO einen Widerspruch einzutragen oder eine Löschung vorzunehmen. Insoweit ist die (beschränkte) Beschwerde zulässig.

Die Beschwerde ist auch begründet.

Das Grundbuchamt ist anzuweisen, einen Amtswiderspruch gegen die vollzogene Eintragung der Beschwerdeführer einzutragen. Die Erben und Erbeserben des Erblassers Herrn D. sind Erben des Grundstückes entsprechend der sich aus dem Erbschein ergebenden Erbquoten geworden. Mit diesen Quoten wären sie auch im Grundbuch einzutragen gewesen.

Dem steht nicht entgegen, daß es sich bei dem Betroffenen Grundstück um sogenanntes Bodenreformland handelte. Die rechtliche Behandlung dieser sogenannten Alterbfälle aus der Bodenreform bemißt sich nach dem durch das zweite Vermögensrechtsänderungsgesetz in Artikel 233 EGBGB neu eingefügten § 11 Abs. 2 Nr. 2.

Diese Vorschrift erfaßt auch solche Grundstücke, bei denen bei Ablauf des 15.3.1990 eine verstorbene natürliche Person als Eigentümer eingetragen war.

Hinsichtlich der Erben dieser Eigentümer verweist § 11 Abs. 2 Satz 2 auf die Vorschriften des 15. Titels des 2. Buches des BGB (§§ 741 ff). Daraus folgt aber nicht, daß die Erben entsprechend § 742 BGB zu gleichen Teilen im Grundbuch einzutragen wären. Dies war nicht Sinn und Zweck der Verweisung. Um bei den (regelmäßig mehreren) Erben das Problem des Innenausgleiches zu vermeiden, wählte das Gesetz als zu bestimmenden Eigentümer eine Gemeinschaft, die aus Erben besteht. Auf diese sind die Vorschriften der Erbengemeinschaft gerade nicht anwendbar; vielmehr handelt es sich um eine Bruchteilsgemeinschaft. Folge dieser rechtlichen Einordnung ist aber nicht die Eintragung der Erben zu gleichen Teilen. Aus dem Wortlaut des § 742 BGB ergibt sich nämlich, daß es sich hier nur um eine Zweifelsregelung handelt. Diese ist insbesondere dann nicht anwendbar, wenn sie infolge besonderer Umstände der Sachlage nicht gerecht wird (vgl. RGZ 169, 239; *Palandt/Thomas*, § 742 Rdnr. 1).

Solche besonderen Umstände, die zur Nichtanwendung des § 742 führen, sind die erbrechtlichen Prinzipien, also insbesondere die Beachtung des Erblasserwillens und — subsidiär — die gesetzliche Erbfolge. Dies ist für den Fall der Erbengemeinschaft nach den §§ 2032 ff. BGB ausdrücklich anerkannt (vgl. *Staudinger/Huber*, § 741 Rdnr. 14). Letztlich liegt aber auch bei einer Gemeinschaft von Erben im vorliegenden Fall keine Sachlage vor, die eine andere Bewer-

tung rechtfertigte. Auch hier ist der Erblasserwille, bzw. die gesetzliche Erbfolge vorrangig zu berücksichtigen. Ein Rückgriff auf die Auffangvorschrift des § 742 BGB ist nicht möglich. Die hier vertretene Rechtsauffassung wird in dem Entwurf eines Registerverfahrenbeschleunigungsgesetzes (RegVBG) vom 18. 5. 1993 gedeckt. Danach wird vorgeschlagen, den § 11 Abs. 2 S. 2 wie folgt zu ergänzen:

„Die Bruchteile bestimmen sich jedoch nach den Erbteilen, sofern nicht die Teilhaber übereinstimmend eine andere Aufteilung der Bruchteile bewilligen.“

Die Erben des Herrn D. wären demzufolge als Gemeinschaft von Erben gemäß der jeweiligen Erbquoten im Grundbuch einzutragen gewesen.

Diese Rechtsauffassung deckt sich auch mit § 47 GBO, der gerade pauschale Zuweisungen/Eintragungen nur im Hinblick auf § 742 BGB verhindern will (vgl. RGZ 54, 56; *Palandt/Thomas*, § 742 Rdnr. 1).

Da das Grundbuch insoweit eine andere Aussage trifft, als sie der tatsächlichen Rechtslage entspricht, ist dieses unrichtig.

Anmerkung der Schriftleitung:

Zu Problemen im Zusammenhang mit Bodenreformgrundstücken vgl. auch *Böhringer*, MittBayNot 1992, 369 und *Keller*, MittBayNot 1993, 70 sowie BezG Dresden, MittBayNot 1992, 270.

17. BGB § 1587 (Keine Einbeziehung von Altenteilsleistungen in den Versorgungsausgleich)

In einem Leibgedinge (Altenteil) ausbedungene Sachleistungen und Wohnrechte unterliegen nicht dem Versorgungsausgleich.

BGH, Beschluß vom 20. 1. 1993 — XII ZB 59/90 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Der 1905 geborene Ehemann (Antragsgegner) und die 1909 geborene Ehefrau (Antragstellerin) schlossen am 24. 6. 1930 die Ehe, aus der die inzwischen erwachsenen Söhne Michael und Adolf hervorgingen. Während ihres Zusammenlebens betrieben die Parteien eine Landwirtschaft mit Schäferei. Im Jahre 1956 übergaben sie ihren Grundbesitz mit landwirtschaftlichem Inventar an den Sohn Michael gegen ein Gutsabstandsgeld von 7.500 DM und ein Leibgedinge zu ihren Gunsten sowie ein Wohnrecht zugunsten des Sohnes Adolf.

Im Rahmen des Leibgedinges wurde das Grundstück, auf dem die Hofgebäude stehen, mit einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit des Inhalts belastet, daß beiden Parteien das Wohnrecht an einer Stube mit anschließender Kammer sowie das Recht zur Mitbenutzung von in gemeinschaftlichem Gebrauch stehenden Räumen zusteht. An dem gesamten Grundbesitz wurde eine Reallast bestellt, wonach die Parteien jährlich bestimmte Mengen an Lebensmitteln (darunter ein Stück Schlachtyieh) und Heizmaterial erhalten sollten, dazu Beleuchtung und Wasser, ferner pro Monat ein Pfund Butter und ein Taschengeld von 30 DM, schließlich pro Tag 1 1/2 Liter Milch. Anstelle der Naturalrechnisse sollte Kost am Tisch des Hauses gewählt werden können. Weiter wurden Pflegeleistungen für den Fall der Krankheit und des Alters mit Übernahme von nicht durch Krankenkassen abgedeckten Arzt- und Apothekerkosten ausbedungen, dazu die Tragung der Beerdigungskosten.

Nach der Hofübergabe betrieb der Ehemann noch bis 1965 die Schäferei weiter. Die Schafe wurden sodann verkauft und aus dem Erlös ein Anwesen erworben, in das der Ehemann 1967 allein einzog. Seit dieser Zeit lebten die Parteien getrennt. Das Scheidungsverfahren wurde am 25. 3. 1988 rechtshängig. Zu diesem Zeitpunkt lebte der Ehemann bereits in einem Heim, da er einen Schlaganfall erlitten hatte und auf den Rollstuhl angewiesen war. Die Ehefrau wird auf dem übergebenen Hof versorgt.

In der Ehezeit (1. 6. 1930 bis 29. 2. 1988, § 1587 Abs. 2 BGB) hat der Ehemann Anrechte der gesetzlichen Rentenversicherung erworben, woraus er bereits seit Ende 1963 eine Rente bezieht, die sich bei Ende der Ehezeit auf monatlich 790,60 DM belief. Die Ehefrau erhält eine Unfallrente der landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaft von monatlich 252 DM sowie Leistungen nach dem Kindererziehungsgesetz — KLG — in Höhe von monatlich 57,60 DM.

Das Amtsgericht — Familiengericht — hat durch Verbundurteil die Ehe der Parteien geschieden und den Versorgungsausgleich in der Weise geregelt, daß im Wege des Splittings Anrechte des Ehemannes aus der gesetzlichen Rentenversicherung in Höhe von monatlich 351,55 DM (Hälfte des Ehezeitanteils seiner Rente) auf das Konto der Ehefrau bei der Landesversicherungsanstalt Schwaben übertragen werden.

Gegen die Regelung des Versorgungsausgleichs hat der Ehemann Beschwerde eingelegt mit dem Ziel, einen Versorgungsausgleich zugunsten der Ehefrau ganz oder teilweise nicht durchzuführen. Dabei hat er sich auf die gesetzlichen Härteregelnungen, auf ihre Anrechte aus dem Leibgedinge und die Leistungen nach dem KLG berufen.

Das Oberlandesgericht hat das Rechtsmittel zurückgewiesen. Dagegen richtete sich die — zugelassene — weitere Beschwerde des Ehemannes, mit der er sein zweitinstanzliches Begehren weiterverfolgte. Das Rechtsmittel hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

1. . . . Die von der Ehefrau bezogene Unfallrente der landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaft hat Entschädigungscharakter und unterfällt aus diesem Grunde nicht dem Versorgungsausgleich (vgl. *Johannsen/Henrich/Hahne* Ehe-recht 2. Aufl. § 1587 Rdnr. 14). Weiter hat das Oberlandesgericht mit Recht angenommen, daß Leistungen nach dem KLG vom 12. 7. 1989 (BGBl I 1585) nicht dem Versorgungsausgleich unterliegen (Senatsbeschluß vom 27. 2. 1991 — XII ZB 147/90 — FamRZ 1991, 675). Nach dem Vorangegangenen ergibt sich für die Ehefrau somit ein Ausgleichsanspruch in Höhe von monatlich 351,55 DM.

2. Im Ergebnis zu Recht hat es das Oberlandesgericht abgelehnt, Anrechte der Parteien aus dem 1956 bestellten Leibgedinge in den Versorgungsausgleich einzubeziehen. Bei einer Berücksichtigung auf seiten der Ehefrau käme eine Verkürzung ihres Ausgleichsanspruchs in Betracht; das ist aber nicht gerechtfertigt.

In seinem Beschluß vom 6. 5. 1982 (IV b ZB 550/80 — FamRZ 1982, 909 [= MittBayNot 1982, 187] hat es der Senat grundsätzlich nicht für ausgeschlossen angesehen, daß Versorgungsansprüche, die durch ein Leibgedinge begründet werden, in den Versorgungsausgleich einbezogen werden können. Er ist insbesondere der Auffassung entgegengetreten, daß solche Versorgungsansprüche in der Regel nicht im Sinne von § 1587 Abs. 1 Satz 2 BGB „mit Hilfe des Vermögens begründet“ worden sind. Das neuere Schrifttum vertritt überwiegend die gleiche Auffassung (vgl. *Palandt/Diederichsen* BGB 52. Aufl. § 1587 Rdnr. 17; *Erman/v. Maydell* BGB 8. Aufl. § 1587 Rdnr. 9, 16; *Johannsen/Henrich/Hahne* a. a. O. § 1587 Rdnr. 17; *Schwab/Hahne*, Handbuch des Scheidungsrechts 2. Aufl. Teil VI Rdnr. 25, 30; *Wick* in FamG § 1587 BGB Rdnr. 17, 22; *Borth*, Versorgungsausgleich 2. Aufl. S. 14 Rdnr. 30; — a. A. *Bergner* in RVO Verbandskommentar Vorbem. § 1304 Anm. 4.6 zu § 1587 BGB unter „Leibgedinge“; *Rahm/Lardschneider*, Handbuch des Familiengerichtsverfahrens Teil V Rdnr. 44), teilweise allerdings mit der Einschränkung, daß insoweit nur Geldleistungen, nicht auch Sachleistungen dem Versorgungsausgleich unterliegen können (MünchKomm/Maier 2. Aufl. § 1587 Rdnr. 13 und § 1587 a Rdnr. 299, 300; *Soergel/Zimmermann* BGB 12. Aufl. § 1587 a Rdnr. 188). Daß nur Geldrenten, mangels

Artgleichheit nicht auch wiederkehrende Sachleistungen, wie etwa Deputate, Gegenstand des Versorgungsausgleichs sein können, soll nach verbreiteter Ansicht allgemein gelten (vgl. *Zimmermann*, Versorgungsausgleich bei betrieblicher Altersversorgung S.144 f.; *Höfer/Reiners/Wüst* BetrAVG 3. Aufl. Bd. I ART Rdnr.1014; *Gernhuber*, Familienrecht 3. Aufl. 28 III 1 S.330; *Voskuhl/Pappai/Niemeyer*, Versorgungsausgleich in der Praxis § 1587 BGB Anm. II 1 c S.14; *Bastian/Roth-Stielow/Schmeiduch* 1.EheRG § 1587 BGB Rdnr.4, 6; *Göppinger*, Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung 6.Aufl. Rdnr.365). Wenn es in der Begründung des Regierungsentwurfs zum 1. EheRG u. a. heißt, das Altenteil werde vom Versorgungsausgleich nicht erfaßt (BT-Drucks: 7/650 S. 155), könnte dem dieselbe Ansicht zugrunde liegen.

Für die einschränkende Auffassung, daß die typischerweise in einem Leibgedingevertrag (Altenteil) ausbedungenen Sachleistungen und Wohnrechte (vgl. dazu BGHZ 53, 41 ff.) nicht in den Versorgungsausgleich fallen, sprechen gewichtige Gründe. Wenn es auch mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbar wäre, Naturalreichtnisse als „ähnliche wiederkehrende Leistungen“ im Sinne von § 1587 a Abs. 2 Nr. 4 BGB aufzufassen und diese unter Heranziehung der Auffangvorschrift des § 1587 a Abs. 5 BGB nach billigem Ermessen zu bewerten (so etwa OLG Nürnberg MittBayNot 1980, 28), ist nicht zu leugnen, daß die Grundkonzeption des Versorgungsausgleichs auf Geldrenten sowie Anwartschaften und Aussichten darauf zugeschnitten ist. Außerhalb der gesetzlichen Rentenversicherung und der Beamtenversorgung hat insbesondere zur qualitativen Angleichung in der Regel eine Umrechnung mit Hilfe der BarwertVO (§ 1587 a Abs. 3 Nr. 2 BGB) stattzufinden, wobei die beigegebenen Tabellen auf versicherungsmathematischen Grundsätzen beruhen (vgl. BR-Drucks. 191/77 S. 15). Für den Wert von Sachleistungen, auch von Wohnrechten, besteht aber keine versicherungsmathematische Kalkulierbarkeit (vgl. *Zimmermann* a. a. O.). Wohnrechte werden häufig, wie auch im vorliegenden Fall, in Form einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit (§ 1093 BGB) bestellt. Es liegt nahe, sie wie andere dingliche Nutzungsrechte in einen güterrechtlichen Ausgleich und nicht in den Versorgungsausgleich einzubeziehen (vgl. *Staudinger/Thiele* BGB 12. Aufl. § 1374 Rdnr. 5; *Schwab* Handbuch a. a. O. Teil VII Rdnr. 42; s. a. *Winkler* in AgrarR 1978, 239, 243 sowie in Ehescheidung in der Landwirtschaft — 1986 — S. 35, 59 f., der bei grundsätzlicher Befürwortung des Versorgungsausgleichs beim Leibgedinge das Wohnrecht ausklammern will). Auch Gründe der praktischen Handhabung sprechen gegen eine Einbeziehung in den Versorgungsausgleich. Wenn einem ausgleichspflichtigen Ehegatten, der keine anderweitigen Geldeinkünfte und Versorgungsansprüche hat, aus einem Leibgedinge ausschließlich Naturalleistungen und Wohnvorteile zufließen, müßte ein Versorgungsausgleich grundsätzlich in der Weise durchgeführt werden, daß er an den ausgleichsberechtigten Ehegatten gem. § 1587 g BGB eine Geldrente zu zahlen hätte. Er wäre also genötigt, Monat für Monat einen Teil der ihm zufließenden Reichtnisse in Geld umzusetzen, um seiner Zahlungsverpflichtung nachkommen zu können. Das ist praktisch kaum durchführbar und — jedenfalls im hohen Alter — auch nicht zumutbar. Andererseits kann für die Einbeziehung in den Versorgungsausgleich nicht danach differenziert werden, ob im Einzelfall das Anrecht auf seitens des Verpflichteten oder des Berechtigten zu berücksichtigen ist oder ob dem Verpflichteten daneben Geldmittel zur Verfügung stehen oder nicht. Der Senat schließt sich deshalb

der Auffassung an, daß ein Leibgedinge jedenfalls insoweit nicht dem Versorgungsausgleich unterliegt, als es sich um Anrechte auf Sachleistungen sowie um Wohnrechte handelt.

Im vorliegenden Fall stehen der Ehefrau aus dem Leibgedinge — neben nicht wiederkehrenden, fallbezogenen Leistungen, die schon deswegen ausscheiden müssen — ausschließlich solche Anrechte zu. Zwar ist ihr auch zusammen mit dem Ehemann ein monatliches Taschengeld von 30 DM ausgesetzt (zur Mitberechtigung vgl. *Winkler* a. a. O. S. 60 und *Meder* BWNotZ 1982, 36), aber dieses ist so geringfügig, daß es als Ergänzung und Bestandteil der Naturalleistungen anzusehen und daher wie diese zu behandeln ist (vgl. für das Unterhaltsrecht Senatsurteil vom 3.12.1980 — IV b ZR 537/80 — FamRZ 1981, 250, 252). Eine Einbeziehung in den Versorgungsausgleich scheidet somit insgesamt aus; allenfalls können ihre Anrechte Gegenstand eines Zugewinnausgleichs (vgl. *Oehlers* in Brühler Schriften zum Familienrecht — 5. DFGT S. 97) oder unterhaltsrechtlich zu berücksichtigen sein.

Der Ehemann war zu Ehezeitende nicht mehr in der Lage, Ansprüche aus dem Leibgedinge wahrzunehmen, aber es kam — wie das Oberlandesgericht in anderem Zusammenhang ausgeführt hat — eine Umwandlung in eine Geldrente gem. Art. 96 EGBGB i. V. mit Art. 18 BayAGBGB in Betracht. Es kann offenbleiben, ob ein so zustandegekommener Geldrentenanspruch Gegenstand des Versorgungsausgleichs sein kann. Hier war die Umwandlung bei Ehezeitende jedenfalls noch nicht vollzogen. Ebenso wie bei einer Kapitalversicherung mit Rentenwahlrecht das Wahlrecht zu diesem Stichtag bereits ausgeübt sein muß (vgl. Senatsbeschl. BGHZ 88, 386, 392 f.), wäre Voraussetzung für die Einbeziehung des Geldrentenanspruchs in den Versorgungsausgleich, daß es zu einer Umwandlung bereits gekommen ist.

3. ...

18. BGB §§ 2032 Abs. 1, 2120, 2139; ZPO §§ 62, 773 (*Anforderungen an ordnungsgemäße Verwaltung des Nachlasses bei Kreditaufnahme durch den Vorerben*)

1. **Ordnungsgemäße Verwaltung durch den Vorerben kann bei einer Kreditaufnahme zu Lasten des Nachlasses voraussetzen, daß ein erfahrener und zuverlässiger Treuhänder eingeschaltet wird, ohne dessen Zustimmung über die Kreditmittel nicht verfügt werden kann.**
2. **Ordnungsmäßige Verwaltung durch den Vorerben kann dabei ferner voraussetzen, daß sichergestellt ist, daß die fortlaufenden Zinsen und die Tilgung nicht zu einer Auszehrung des Nachlasses führen können (Fortführung von BGHZ 110, 176; 114, 16).**
3. **Zwischen Nacherben besteht vor dem Nacherbfall keine Erbengemeinschaft (Abweichung von RGZ 93, 292, 296).**
4. **Erheben Nacherben Widerspruchsklage gem. § 773 ZPO, dann sind sie keine notwendigen Streitgenossen.**

BGH, Urteil vom 10.2.1993 — IV ZR 274/91 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die beklagte Gemeinde hat einen rechtskräftigen Zahlungstitel über 333.945,68 DM nebst 8,75% Zinsen seit dem 1.4.1984 gegen die Eltern der Kläger zu 2) erwirkt. Sie vollstreckt aus diesem Titel in ein Grundstück des Vaters in S. Das Vollstreckungsgericht hat die Zwan-

versteigerung angeordnet. Die Kläger halten die Zwangsvollstreckung in das Grundstück für unzulässig. Sie haben deshalb Widerspruchsklage gem. § 773 Satz 2 ZPO erhoben. Dem liegt folgendes zugrunde:

Der am 12.2.1978 verstorbene Erblasser wurde aufgrund Testaments vom 28.11.1968 von seinem Sohn, dem Vater der Kläger zu 2), als seinem alleinigen Vorerben beerbt. Zu Nacherben beim Tode des Vorerben sind dessen eheliche Abkömmlinge berufen; dabei handelt es sich zur Zeit um die vier Kläger zu 2 a) bis 2 d). Zur Wahrnehmung der Interessen etwaiger weiterer ehelicher Abkömmlinge des Vorerben („unbekannte Nacherben“) hat das Vormundschaftsgericht eine Pflegerin (§ 1913 Satz 2 BGB) bestellt.

Die bekannten (Kläger zu 2 a) bis 2 d)) und die unbekannt (Kläger zu 1)) Nacherben, die letzteren vertreten durch die Pflegerin, haben Klage erhoben mit dem Antrag, die Verwertung des genannten Grundstücks im Wege der Zwangsvollstreckung für unzulässig zu erklären. Sie sind der Auffassung, das Grundstück gehöre zur Vorerbschaft nach dem Großvater, und die von der Beklagten betriebene Zwangsversteigerung werde ihre Rechte als Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen. Die Beklagte hat Widerklage erhoben mit dem Antrag, die Kläger zur uneingeschränkten Duldung der Zwangsvollstreckung aus dem Zahlungstitel in das Grundstück zu verurteilen.

Das Landgericht hat die Verwertung im Wege der Zwangsversteigerung für unzulässig erklärt, soweit sie wegen eines höheren Betrages als 146.448 DM betrieben werde, hat die Kläger zur Duldung der Zwangsvollstreckung aus dem Titel wegen dieses Betrages in das Grundstück verurteilt und hat Klage und Widerklage im übrigen abgewiesen. Die Berufung der Kläger hatte zunächst keinen Erfolg; vielmehr hat das Berufungsgericht auf die Anschlußberufung der Beklagten die Verwertung durch Zwangsversteigerung seinerzeit nur für unzulässig erklärt, soweit sie wegen mehr als 160.363 DM nebst Zinsen betrieben werde, hat die Kläger zur Duldung der Zwangsvollstreckung wegen dieses Betrages nebst Zinsen verurteilt und hat die weitergehende Anschlußberufung zurückgewiesen. Auf die dagegen gerichtete Revision der Kläger zu 1), 2 c) und 2 d) hat der erkennende Senat dieses erste Berufungsurteil aufgehoben, soweit die Klage der Revisionskläger abgewiesen, soweit sie zur Duldung der Verwertung des Grundstücks verurteilt und soweit ihnen Kosten auferlegt worden waren (BGHZ 110, 176).

Nunmehr hat das Berufungsgericht die Verwertung des Grundstücks durch Zwangsvollstreckung aus dem genannten Zahlungstitel für unzulässig erklärt, soweit die Zwangsvollstreckung wegen mehr als 93.600,45 DM nebst Zinsen betrieben werde. Welter hat es die Kläger verurteilt, die Zwangsvollstreckung in das Grundstück wegen dieses Betrages nebst Zinsen zu dulden, hat Klage und Widerklage im übrigen abgewiesen und die weitergehende Berufung und Anschlußberufung zurückgewiesen. Dagegen wenden sich die Kläger zu 1), 2 c) und 2 d) mit ihrer erneuten Revision. Auch das zweite Berufungsurteil hielt der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Aus den Gründen:

1. Wie der Senat bereits entschieden und im einzelnen näher begründet hat (BGHZ 110, 176, 178 [= MittBayNot 1990, 189]), gehört das Grundstück, um das es hier geht, kraft dinglicher Surrogation (§ 2111 BGB) zur Erbschaft (Vorerbschaft) und unterliegt der Nacherbfolge durch die Kläger; dem Vater der Kläger zu 2) gehört es nur als nichtbefreitem Vorerben. Eine Zwangsverfügung in einen derartigen Gegenstand durch einen (Eigen-)Gläubiger des Vorerben wie hier durch die Beklagte unterliegt den Beschränkungen der §§ 2115 BGB, 773 ZPO. Demgemäß wird eine derartige Verfügung mit dem Eintritt des Nacherbfalles im allgemeinen unwirksam; ein Vorerbschaftsgegenstand soll dementsprechend im Wege der Zwangsvollstreckung schon gar nicht veräußert, insbesondere nicht zwangsversteigert werden. Das ist nur dann anders, wenn es sich um eine Nachlaßverbindlichkeit handelt oder wenn ein dingliches Recht an dem Erbschaftsgegenstand geltend gemacht wird, das im Nacherbfall auch gegenüber dem Nacherben wirkt (§ 2115 BGB). Indessen ist die auf die Beklagte gem. § 774 BGB übergegangene und zu vollstreckende Darlehensrückzahlungsforderung der Raiffeisenbank nicht auch gegen den Nachlaß

gerichtet; eine entsprechende Nachlaßverbindlichkeit, für die gegebenenfalls auch die Nacherben einzustehen hätten, besteht entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht.

2. Der Senat hat das erste Berufungsurteil unter anderem deshalb aufgehoben, weil das Berufungsgericht nicht geprüft hatte, ob die der Kreditgewährung durch die Raiffeisenbank zugrundeliegende Kreditvereinbarung der Bank mit dem Vorerben und dessen Ehefrau dahin auszulegen ist, daß der Vorerbe nur mit seinem Eigenvermögen und nicht auch mit dem zugunsten der Nacherben gebundenen Nachlaßhaften soll. Das OLG hat diese Auslegung jetzt nachgeholt. Es hat sich außerstande gesehen, die zugrundeliegenden Darlehensverträge — Formularverträge — mit der Kreissparkasse H. und mit der Raiffeisenbank im Sinne einer entsprechenden Haftungsbeschränkung auszulegen. Das ist im Hinblick auf das Fehlen von Sachvortrag über die dem Vertragsschluß vorangegangenen Vorgänge und die näheren Umstände dazu im Ergebnis nicht zu beanstanden.

3. Entgegen der Meinung des Berufungsgerichts muß der Klage aber aus anderen Gründen in vollem Umfang stattgegeben werden.

Das Berufungsgericht stellt fest, daß 64.800 DM von den aufgenommenen Kreditmitteln in den Hausbau geflossen seien; dieser Betrag sei für die Fertigstellung des Hauses erforderlich gewesen. Insoweit entspreche die Kreditaufnahme einer ordnungsmäßigen Verwaltung, so daß die Kläger dem hätten zustimmen müssen. Hinzu rechnet es anteilige Zinsen für die Zeit ab 18. 7. 1979 bis zum 31. 3. 1984, so daß sich 93.600,45 DM ergeben. Wegen dieses Betrages müßten die Kläger die Zwangsversteigerung dulden, wegen der darüber hinausgehenden Beträge, für die eine ordnungsmäßige Verwaltung nicht nachgewiesen sei, müsse die Klage Erfolg haben.

Diese Begründung trägt das Berufungsurteil nicht.

Auch wenn es sich bei den festgestellten 64.800 DM um Mittel handelt, deren Aufwendung an sich sinnvoll und zur Fertigstellung des Hauses notwendig war, und wenn daher das Vorgehen losgelöst von den Umständen in einem objektiven Sinn als ordnungsmäßig bezeichnet werden kann, so ist damit noch nicht gesagt, daß es sich bei einer entsprechenden Kreditaufnahme um eine Maßnahme der ordnungsmäßigen Verwaltung im Sinne von § 2120 BGB handelt. Die Pflicht des Vorerben zu ordnungsmäßiger Verwaltung schützt — ähnlich wie diejenige des Vorvermächtnisnehmers im Verhältnis zum Nachvermächtnisnehmer (vgl. BGHZ 114, 16, 21) — in erster Linie die Nacherben. Von dem Vorerben wird erwartet, daß er das auf Substanzerhaltung und -erlangung gerichtete Interesse der Nacherben (Erbschaftsinteresse) wahrt. Dementsprechend kann eine Maßnahme des Vorerben nur dann als eine solche der ordnungsmäßigen Verwaltung angesehen werden, wenn er das „Erbschaftsinteresse“ der Nacherben ausreichend berücksichtigt. Das ist hier nicht der Fall.

Bereits bei den Hinweisen, die der Senat dem Berufungsgericht für die weitere Sachbehandlung gegeben hat, ist hervorgehoben, daß eine Kreditaufnahme durch den Vorerben (auch) zu Lasten der Nacherben, etwa ein Baukredit der vorliegenden Art, für die Nacherben ein erhebliches Risiko mit sich bringt (BGHZ 110, 176, 181). Diese laufen nämlich Gefahr, daß der Vorerbe die Kreditmittel in anderer als der ursprünglich geplanten Weise verwendet. Deshalb sind

— auch bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen — besondere Vorkehrungen zu treffen, die eine entsprechende Schädigung der Nacherben nach Möglichkeit ausschließen. In Betracht kommt etwa die Einschaltung eines erfahrenen und zuverlässigen Treuhänders, ohne dessen Zustimmung Verfügungen über die Kreditmittel nicht möglich sind, wie das aus der notariellen Praxis bekannt ist (BGHZ 114, 16, 27). Ein solcher Treuhänder würde die Erbschaftsinteressen der Nacherben wahrzunehmen und solche Geschäfte zu verhindern haben, die die Nacherben nicht hinnehmen müssen. Darauf, daß ein Treuhänder hier nicht bestellt worden ist, kommt es aber nicht an. Denn es hätte jedenfalls sichergestellt werden müssen, daß die fortlaufenden Zinsen und die Tilgung nicht zu einer Auszehrung der Substanz des Grundstücks führen konnten, sondern daß der Vorerbe, der als einziges Mitglied der Familie über eigenes Einkommen verfügte, sie aus seinen eigenen Mitteln deckte. Eine Kreditaufnahme, die es hieran fehlen ließ, lief den Interessen der Nacherben zuwider und durfte ihnen daher nicht zugemutet werden (vgl. BGHZ 114, 16, 27).

Wie die Feststellungen des Berufungsgerichts zeigen, sind im vorliegenden Fall keine Vorkehrungen getroffen worden, die die Interessen der Nacherben hätten schützen können. Da dem Vorerben die Mittel fehlten, um die aufgenommenen Kredite zuverlässig zu bedienen, und da sich seine Hoffnung auf eine neue auskömmliche Stellung am neuen Wohnort zerschlug, ist danach das gesamte Kreditgeschäft von vornherein für die Nacherben zu risikoreich. Dies gilt umso mehr, als der Vorerbe darüber hinaus noch weiteren Kredit aufgenommen hat, der nicht in das Haus geflossen ist und der die Aussichten auf ordnungsmäßige Abwicklung zusätzlich verringerte. Gönügt hätte der Vorerbe seinen Verwalterpflichten gegenüber den Nacherben daher allenfalls dann, wenn er von Anfang an klaggestellt hätte, daß die Kreditgeber nicht auf das Grundstück zugreifen dürfen.

Danach darf die Beklagte das Grundstück nicht versteigern lassen. Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß der Vorerbe gegebenenfalls einen Erstattungsanspruch gem. §§ 2124 Abs. 1, 2125, 683, 684, 612, 256 Satz 2 BGB gegen die Nacherben bis zur Höhe der verbliebenen Wertsteigerung erlange. Ein solcher Anspruch kann nicht vor dem Nacherbfall entstehen.

4. Dementsprechend kann auch der Widerklage gegen die Revisionskläger nicht stattgegeben werden.

5. Nicht aufheben kann der Senat das angefochtene Urteil allerdings, soweit es sich um die Kläger zu 2 a) und 2 b) handelt, die auch am zweiten Revisionsverfahren nicht beteiligt sind. Zwischen Nacherben besteht vor dem Nacherbfall keine Erbengemeinschaft. Der V. Zivilsenat des Reichsgerichts hat das zwar einmal ausgesprochen (RGZ 93, 292, 296; ebenso *Soergel/Wolf*, BGB 12. Aufl. § 2032 Rdnr. 2 Fn. 13). Dem kann der Senat aber nicht zustimmen. Eine Erbengemeinschaft setzt ein ihr zugeordnetes Vermögen voraus (§ 2032 Abs. 1 BGB). Ein solches gemeinschaftliches Vermögen haben Nacherben vor dem Nacherbfall jedoch nicht. Das Erblasservermögen liegt vielmehr bis zum Nacherbfall (§ 2139 BGB) ausschließlich in der Hand des oder der Vorerben. Schon deshalb sind Nacherben keine notwendigen Streitgenossen (§ 62 Abs. 1 Fall 2 ZPO), wenn sie gemeinsam Widerspruchsklage gem. § 773 ZPO erheben. Vielmehr hat jeder Nacherbe für sich ein eigenes Widerspruchsrecht gem. § 2115 BGB, § 773 ZPO.

19. BGB §§ 2313 Abs. 2 Satz 1, Abs. 1 Satz 3; BGB § 2332 Abs. 1; EGBGB 1986 Art. 236 § 1 (*Pflichtteilsansprüche bei Vermögen in der ehemaligen DDR*)

1. §§ 2313 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. Abs. 1 Satz 3 BGB sind analog anwendbar, wenn der Erbe aufgrund des Vermögensgesetzes ein vor dem Erbfall in der ehemaligen DDR enteignetes Grundstück des Erblassers entweder zurückerhält oder für das Grundstück eine Entschädigung bekommt.
2. Für die Berechnung des Pflichtteils ist bei Rückerstattung des Grundstücks dessen Wert in Geld im Zeitpunkt der Wiedererlangung des Eigentums zu schätzen. Dieser Betrag ist unter Berücksichtigung des Kaufkraftschwundes auf den Geldwert im Zeitpunkt des Erbfalls umzurechnen.
3. Erhält der Erbe statt dessen für die Grundstücke Entschädigungsleistungen in Geld, kann der Pflichtteil von dem ausgezahlten Betrag berechnet werden, wenn der Kaufkraftschwund seit dem Erbfall schon bei der Bemessung der Entschädigung berücksichtigt worden sein sollte. Andernfalls muß auch die Entschädigungsleistung auf den Betrag umgerechnet werden, der sich bei einer Auszahlung der Entschädigung schon im Zeitpunkt des Erbfalls in Anbetracht des Kaufkraftschwundes ergeben hätte. Nur davon ist der Pflichtteil zu berechnen.
4. Das im Zeitpunkt des Erbfalls geltende Erbrecht der DDR ist auf den erst durch das Vermögensgesetz ausgelösten Pflichtteilsanspruch nicht anzuwenden. Insoweit handelt es sich nicht um einen vor dem Wirksamwerden des Beitritts abgeschlossenen Vorgang. Vielmehr gilt das Recht der Bundesrepublik Deutschland.
5. Die Verjährung des durch das Vermögensgesetz begründeten Pflichtteilsanspruchs beginnt abweichend von § 2332 Abs. 1 BGB erst mit dem Inkrafttreten des Vermögensgesetzes.

BGH, Urteil vom 23.6.1993 — IV ZR 205/92 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Die Parteien sind die beiden Kinder des am 19. 1. 1970 in der Bundesrepublik Deutschland verstorbenen Erblassers und seiner Ehefrau. Der Erblasser hatte neben seinem Vermögen in A./Hessen beträchtlichen Grundbesitz in R./Thüringen, nämlich eine chemische Fabrik, ein Zweifamilienhaus und ein Vierfamilienhaus. Den Grundbesitz in A. übertrug er noch zu Lebzeiten auf den Beklagten und setzte ihn in einem Erbvertrag zum Alleinerben ein. Nach seinem Tod verzichtete die überlebende Ehefrau mit Zustimmung der Klägerin auf ihren Pflichtteil sowie auf Zugewinnausgleichsansprüche. Zur Abgeltung der Pflichtteils- und Pflichtteilergänzungsansprüche der Klägerin schloß sie am 12. 11. 1970 mit dem Beklagten einen schriftlichen Vergleich, in dem sich die Parteien auf einen der Pflichtteilsquote der Klägerin entsprechenden Betrag an dem übereinstimmend bewerteten Nachlaß des Erblassers in der Bundesrepublik Deutschland in Höhe von 150.000 DM einigten. Der Vergleich enthält folgende Klausel: „Damit sind alle Ansprüche der... (Klägerin) aus dem Nachlaß des... (Erblassers) abgegolten.“

Mit der im Mai 1991 eingegangenen und zugestellten Klage begehrt die Klägerin die Feststellung, daß der Beklagte verpflichtet sei, ihr $\frac{3}{16}$ des Vermögenszuwachses zu erstatten, der ihm dadurch züfließe, daß er als Alleinerbe entweder Eigentümer der in R./Thüringen gelegenen Grundstücke werde oder für diese Grundstücke Entschädigungsleistungen erhalte. Demgegenüber hat sich der Beklagte auf die Abgeltungsklausel im Vergleich berufen und die Einrede der Verjährung erhoben. Beide Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Die zugelassene Revision des Beklagten blieb im wesentlichen ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Das Berufungsgericht geht ohne weiteres von einem Anspruch der Klägerin aus § 2303 BGB auf einen ihrem Pflichtteil entsprechenden Anteil auch an den Werten aus, die dem Beklagten als Alleinerben infolge der deutschen Einigung aufgrund des in der ehemaligen DDR belegenen Vermögens des Erblassers zufließen. Dem hält die Revision entgegen, daß ein Pflichtteilsberechtigter nicht an Wertsteigerungen von Nachlaßgegenständen nach dem Erbfall teilnehme, sondern für die Berechnung seines Anspruchs gem. § 2311 Abs. 1 Satz 1 BGB von dem Wert auszugehen sei, der sich bei einer Umsetzung des Nachlasses in Geld im Zeitpunkt des Erbfalls ergeben würde (Stichtagsgrundsatz, dazu zuletzt BGH, Urteil vom 14.10.1992 — IV ZR 211/91 [= MittBayNot 1993, 156 = BB 1992 2463 f. = NJW-RR 1993, 131 f. unter I 2 a). Wie das Berufungsgericht zutreffend festgestellt habe, sei das Vermögen des Erblassers in Thüringen im Jahre 1970 wirtschaftlich ohne Wert gewesen; das in der DDR belegene Vermögen sei aus Rechtsgründen allen entzogen worden, die dieses Gebiet verlassen hatten. Dieser Einwand der Revision greift nicht durch.

a) Vom Stichtagsgrundsatz des § 2311 Abs. 1 Satz 1 BGB weicht § 2313 BGB ab, wenn aufschiebend bedingte, rechtlich oder tatsächlich zweifelhafte oder unsichere Rechte zum Nachlaß gehören, die einen wirtschaftlichen Wert erst nach Eintritt der Bedingung oder Wegfall der Zweifel und Ungewißheiten erlangen; in diesen Fällen hat gem. § 2313 Abs. 1 Satz 3 BGB nachträglich eine der veränderten Rechtslage entsprechende Ausgleichung zu erfolgen (vgl. BGHZ 87, 367, 372 [= DNotZ 1984, 394]. Die Vorinstanzen haben nicht aufgeklärt, ob die Rechte des Erblassers an den Vermögensgegenständen in Thüringen im Zeitpunkt des Erbfalls noch bestanden haben und nur zweifelhaft und unsicher waren oder ob der Erblasser sie bereits endgültig verloren hatte. Wenn das erste der Fall war, ist § 2313 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. Abs. 1 Satz 3 BGB unmittelbar anzuwenden. War das letztere der Fall, wovon im Revisionsverfahren auszugehen ist, ist § 2313 Abs. 1 Satz 3 BGB entsprechend anwendbar.

Die Parteien gehen übereinstimmend davon aus, daß dem Beklagten Ansprüche nach dem Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen (VermG) zustehen. Das VermG verwirklicht — in einem ersten Schritt — die Grundsätze der Gemeinsamen Erklärung der Regierungen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik zur Regelung offener Vermögensfragen vom 15.6.1990 (Art. 41 EinigV und Anl. III EinigV). Soweit das Eigentum von Deutschen mit Wohnsitz außerhalb der DDR generell diskriminierenden Regelungen unterworfen war, werden die entzogenen Vermögenswerte grundsätzlich auf Antrag den ehemaligen Eigentümern zurückgegeben bzw. zurückübertragen; wo eine Rückgabe etwa wegen redlichen Erwerbs oder aus anderen Gründen nicht in Betracht kommt oder vom Berechtigten nicht gewünscht wird, hat der Alteigentümer einen Anspruch auf Entschädigung (amtliche Erläuterung, Bundestagsdrucksache 11/7831, Abschn. I). § 2 Abs. 1 VermG bestimmt als Berechtigte im Sinne des Gesetzes natürliche und juristische Personen, deren Vermögenswerte von Maßnahmen gem. § 1 betroffen sind, sowie ihre Rechtsnachfolger. Diese Legaldefinition des Berechtigten beschränkt sich nach der Systematik des Gesetzes auf die Zulässigkeitsvoraussetzungen für einen Antrag gem. §§ 30 ff. VermG (amtliche Erläuterung zu § 2, a. a. O. S. 4). Daß Pflichtteilsberechtigte von den Vorteilen ausgeschlossen sein sollten, die das VermG dem Rechtsnachfolger zukommen läßt, ist nicht

ersichtlich. Vielmehr treten die Ansprüche, die das VermG eröffnet, mögen sie auch erst in der Person des Erben neu entstehen, ihrem Sinn und Zweck nach an die Stelle verlorener Nachlaßwerte des Erblassers.

Mithin stimmt die Interessenlage so weitgehend mit den in § 2313 BGB geregelten Fällen überein, daß gegebenenfalls eine analoge Anwendung von § 2313 Abs. 1 Satz 3 BGB auf die dem Erben aufgrund des VermG zufließenden Vorteile geboten ist (so *Wasmuth*, DNotZ 1992, 3, 16, 17; im Ergebnis zustimmend *Soergel/Dieckmann*, BGB 12. Aufl. § 2311 Rdnr. 48; a. A. *Adlerstein/Desch*, DtZ 1991, 193, 199). Der Bundesgerichtshof hat auch Lastenausgleichsansprüche, die sich auf Vertreibungs- und Zonenschäden vor dem Erbfall stützten, aber erst in der Person der Erben entstanden waren, wie Ersatzvorteile (Surrogate) für Nachlaßgegenstände der Berechnung des Pflichtteils zugrunde gelegt (Urteil vom 19.4.1972 — IV ZR 128/70 [= MittBayNot 1972, 170] — LM BGB § 2041 Nr. 3; Urteil vom 10.11.1976 — IV ZR 187/75 — FamRZ 1977, 128, 129 = WM 1977, 176). Die durch das Vermögensgesetz geschaffene Rechtslage ist mit der Regelung des Lastenausgleichs teilweise vergleichbar; hier wie dort gilt jedenfalls, daß nicht einzusehen wäre, weshalb dem Erben ein Vorteil daraus erwachsen sollte, daß die Ausgleichsleistungen nicht schon in der Person des Erblassers, sondern erst in der Person des Erben begründet worden sind.

b) § 2313 BGB nimmt zwar die dort näher bezeichneten Rechte und Verbindlichkeiten von der grundsätzlich gem. § 2311 BGB auf den Zeitpunkt des Erbfalls vorzunehmenden Feststellung des Nachlaßbestandes aus und schreibt eine Ausgleichung zu einem späteren Zeitpunkt vor, wenn die Ungewißheiten über den Bestand dieser Rechte und Verbindlichkeiten behoben sind (vgl. *J. P. Meincke*, Das Recht der Nachlaßbewertung im BGB, 1973, S. 228). Damit ist freilich nicht gesagt, daß auch für die Bewertung ein anderer als der in § 2311 BGB vorgesehene Stichtag des Erbfalls, etwa der des Wegfalles der Ungewißheiten, maßgebend sei. Vielmehr hat gem. § 2313 Abs. 1 Satz 3 BGB eine der veränderten Rechtslage entsprechende Ausgleichung zu erfolgen. Insoweit bleibt der Grundsatz des § 2311 BGB von Bedeutung. Werterhöhungen oder -minderungen des betreffenden Nachlaßgegenstandes in der Zeit nach dem Erbfall haben für die Berechnung des Pflichtteilsanspruchs außer Betracht zu bleiben. Der Pflichtteilsberechtigte ist so zu stellen, wie wenn das ungewisse oder zweifelhafte Recht schon im Zeitpunkt des Erbfalls verlässlich bestanden hätte.

Im vorliegenden Fall hat das Berufungsgericht zwar festgestellt, daß das in der ehemaligen DDR belegene Grundvermögen des Erblassers bei seinem Tod am 19.1.1970 wirtschaftlich keinen Wert hatte. Der Grund für diese Feststellung waren aber die damals gültigen Regelungen der DDR, die durch das VermG in gewissem Umfang kompensiert werden. Soweit der Beklagte danach Grundstücke zurückerhält, läßt sich deren Geldwert im Zeitpunkt der Erlangung des Eigentums schätzen. Dieser Betrag ist unter Berücksichtigung des Kaufkraftschwundes (BGHZ 65, 75, 77 f. [= MittBayNot 1975, 230]; 85, 274, 282) auf den Geldwert im Zeitpunkt des Erbfalls umzurechnen. Erhält der Beklagte statt dessen für die Grundstücke Entschädigungsleistungen in Geld, kann der Pflichtteil von dem ausgezahlten Betrag berechnet werden, wenn der Kaufkraftschwund seit dem Erbfall schon bei der Bemessung der Entschädigung berücksichtigt worden sein sollte. Andernfalls muß auch die Entschädigungsleistung auf den Betrag umgerech-

net werden, der sich bei einer Auszahlung der Entschädigung schon im Zeitpunkt des Erbfalls in Anbetracht des Kaufkraftschwundes ergeben hätte. Nur davon steht der Klägerin der Pflichtteil zu. Im Ergebnis wirkt sich mithin die Dauer der Ungewißheit, ob die Grundstücke wiederzuerlangen sein würden, zum Nachteil der Pflichtteilsberechtigten aus. Insoweit hat die Revision Erfolg.

c) Die Klägerin macht eine Pflichtteilsquote von $\frac{3}{16}$ geltend (§§ 1371 Abs. 2 Halbsatz 2, 1924 Abs. 1 und 4, 1931 Abs. 1 Satz 1, 2303 Abs. 1 Satz 2 BGB). Auf das im Zeitpunkt des Erbfalls geltende Erbrecht der DDR, . . . , kommt es nicht an. Der Auffassung, auch im Hinblick auf die erst mit der deutschen Einigung entstandenen Ansprüche auf Rückübertragung oder Entschädigung sei zu prüfen, ob sich die Pflichtteilsberechtigung und -quote nach dem Recht der DDR zu richten habe, wenn dessen Vorschriften etwa aus Gründen einer Nachlaßspaltung für die Beerbung des restituierten oder entschädigten Erblassergrundstücks selbst gelten würden (so *Soergel/Dieckmann*, a. a. O.), ist jedenfalls hier nicht zu folgen. In jedem Fall würde das frühere Kollisionsrecht der DDR nach der in Anl. I Kap. III Sachgeb. B Abschn. II Nr. 1 EinigV angefügten Übergangsvorschrift des Art. 236 § 1 EGBGB nur anwendbar sein, wenn es sich um einen vor dem Wirksamwerden des Beitritts abgeschlossenen Vorgang handelte. Das trifft jedoch auf die hier in Rede stehenden, erst durch das VermG ausgelösten Pflichtteilsansprüche nicht zu. Für sie gilt mithin das Recht der BRD, deren Staatsangehöriger der Erblasser bei seinem Tode war.

2. Das Berufungsgericht stellt fest, die Partelen hätten bei Abschluß des Vergleichs vom 12.11.1970 zwar die Grundstücke in Thüringen gekannt, ihre Wiedererlangung aber nicht für realistisch gehalten und sie daher nicht in den Vergleich einbezogen. Bei dieser Sachlage widerspreche die Berufung des Beklagten auf die Abgeltungsklausel Treu und Glauben. Nach den Grundsätzen des Irrtums über die Geschäftsgrundlage sei der Beklagte vielmehr zur Erstattung der Vorteile verpflichtet, die er wegen der Grundstücke in Thüringen erlange.

Das nimmt die Revision hin. . . . Hier kommt indessen auch nach Meinung des Berufungsgerichts nicht eine Anpassung oder Aufhebung des Vergleichs vom 12.11.1970 nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage in Betracht, sondern lediglich die Beschränkung der Abgeltungsklausel auf die damals in den Vergleich einbezogenen Nachlaßgegenstände. Nur Ungewißheiten über deren Bewertung sollten durch den Vergleich erledigt werden. Die Feststellungen des Berufungsgerichts tragen elne auf diesen Sinngehalt begrenzte Auslegung der Klausel (§§ 133, 157 BGB). Sie steht der Klage mithin nicht entgegen.

3. Nach Auffassung des Berufungsgerichts beginnt die dreijährige Verjährungsfrist des § 2332 Abs. 1 BGB in Fällen wie dem vorliegenden nicht schon, wenn der Pflichtteilsberechtigte von dem Erbfall und der ihn beeinträchtigenden Verfügung Kenntnis erlangt, sondern erst mit der Entstehung der Ansprüche, die hier zu einem nachträglichen Vermögenszuwachs des Erben führen können. Demgegenüber meint die Revision, die Klägerin sei zu keiner Zeit gehindert gewesen, ihren Anspruch aus § 2303 BGB gegen den Beklagten geltend zu machen. Dem ist nicht zu folgen.

Dabei kann offenbleiben, ob die Verjährung des Anspruchs aus § 2313 Abs. 1 Satz 3 BGB wie die eines aufschiebend bedingten Anspruchs überhaupt erst mit Bedingungseintritt beginnt (dafür *Soergel/Dieckmann*, a. a. O. § 2313 Rdnr. 4).

Jedenfalls wenn wie hier dem Nachlaß zuzurechnende Vermögenswerte erst durch eine gesetzliche Neuregelung geschaffen werden und der Pflichtteilsberechtigte seinen Anteil daran vorher weder der Höhe nach errechnen noch auch nur dem Grunde nach gerichtlich feststellen lassen könnte, beginnt die Verjährung abweichend von § 2332 Abs. 1 BGB nicht vor der Entstehung dieser neuen Ansprüche. Das hat der Bundesgerichtshof bereits für die Lastenausgleichsansprüche entschieden (Urteil vom 10.11.1976 — IV ZR 187/75 — FamRZ 1977, 128, 129), worauf das Berufungsgericht mit Recht hingewiesen hat. Danach ist die Verjährung hier rechtzeitig durch Klageerhebung unterbrochen worden.

B.

Handelsrecht einschließlich Registerrecht

20. GmbHG § 32 a; HGB § 172 a (*Voraussetzungen und Rechtsfolgen einer kapitalersetzenden Nutzungsüberlassung*)

1. Ist die Gesellschaft überschuldet, kommt es für die Frage, ob eine Gebrauchsüberlassung durch den Gesellschafter kapitalersetzend wirkt, nicht darauf an, ob ein außenstehender Dritter der Gesellschaft das Wirtschaftsgut ebenfalls überlassen hätte.
2. Das laufende Nutzungsentgelt für eine kapitalersetzend wirkende Gebrauchsüberlassung kann der Gesellschafter auch nach Eröffnung des Konkursverfahrens nicht fordern.

BGH, Urteil vom 14.6.1993 — II ZR 252/92 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger ist Zwangsverwalter des im Eigentum der Geschwister S., K. und P. F. stehenden, mit einem Wohnhaus bebauten Grundstücks G.-Straße 8 in Fr. Dieses Grundstück war den jetzigen Eigentümern im Jahr 1974 von ihrer Mutter, Ge. F., geschenkt worden. In Ausübung eines für sie und ihren Ehemann, Pa. F., bestellten lebenslänglichen Nießbrauchsrecht vermietete Ge. F. durch verschiedene zwischen 1977 und 1984, jeweils auf unbestimmte Zeit geschlossene, Mietverträge Wohnungen in dem genannten Haus an die A.-Gesellschaft mbH & Co. KG (im folgenden: A.), die dort ihre Geschäftstätigkeit ausübte. Der Gesamtmietzins betrug monatlich 14.560,87 DM. Frau Ge. F. ist Kommanditistin der A. und Gesellschafterin von deren Komplementär-GmbH, während ihr Ehemann Geschäftsführer der letztgenannten Gesellschaft ist.

Das vermietete Anwesen sollte im Sommer 1990 an einen Dritten veräußert werden. In diesem Zusammenhang verzichteten die Eltern der Eigentümer auf den Nießbrauch und ließen das eingetragene Nießbrauchsrecht am 26.7.1990 im Grundbuch löschen. Der notariell beurkundete Kaufvertrag wurde jedoch nicht vollzogen. Ungeachtet der Löschung des Nießbrauchsrechts zahlte die A. bis einschließlich September 1990 weiterhin die Miete an Frau Ge. F.; im Oktober 1990 wurden die Mietzinszahlungen eingestellt. Im Dezember 1990 wurde nach vorheriger Sequestration des Konkursverfahrens über das Vermögen beider Gesellschaften eröffnet und der Beklagte zum Konkursverwalter bestellt. Er hat das Grundstück in Besitz genommen und sich mit dem Kläger über die Aufhebung der Mietverträge zum 31.3.1991 geeinigt. Mit der Klage hat der Kläger die ausstehende Miete für den Monat März 1991 geltend gemacht. Der Beklagte hat sich zur Abwehr dieses Begehrens u. a. darauf berufen, die mietweise Überlassung der als Büros genutzten Wohnungen stelle eine kapitalersetzende Gebrauchsüberlassung dar.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben; das Oberlandesgericht hat die hiergegen gerichtete Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Die — zugelassene — Revision des Beklagten führte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Aus den Gründen:

1. Das Berufungsgericht hat es dahinstehen lassen, ob die Gemeinschuldnerin, wie der Beklagte unter Vorlage der entsprechenden Bilanz behauptet hat, bereits am 31.12.1988 überschuldet war und ob Frau F. mit ihren Kindern verabredet hat, daß sie ungeachtet der Löschung des Nießbrauchsrechts schuldrechtlich weiterhin wie eine Nießbrauchsberechtigte zu behandeln sei. Zugunsten des Beklagten ist daher für die Revisionsinstanz von der Richtigkeit dieser Unterstellungen auszugehen.

2. Danach ist es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, daß das Oberlandesgericht die Anwendung der §§ 32 a GmbHG, 172 a HGB im vorliegenden Fall nicht deswegen abgelehnt hat, weil nach §§ 1056 Abs. 1, 571 BGB ab 26.7.1990 nicht mehr die Gesellschafterin der Gemeinschuldnerin, sondern ihre Kinder als Eigentümer des Grundstücks Vermieter der Räumlichkeiten gewesen sind. Es entspricht allgemeiner Auffassung, daß zum Normadressatenkreis der §§ 32 a GmbHG, 172 a HGB auch solche Personen gehören, die zwar nicht selbst Gesellschafter sind, aber — was vor allem bei nahen Verwandten besondere Aufmerksamkeit verdient — mit Mitteln eines Gesellschafters der Gesellschaft Darlehen oder gleichstehende Finanzierungsmittel gewähren (Senats-Urteil vom 18.2.1991 — II ZR 259/89, GmbHR 1991, 155 m. w. N.; *Hachenburg/Ulmer*, 8. Aufl., GmbHG §§ 32 a, b Rdnr. 118 f.; *Scholz/K. Schmidt*, 8. Aufl., GmbHG §§ 32 a, b Rdnr. 119; *Lutter/Hommelhoff*, 13. Aufl., GmbHG §§ 32 a, b Rdnr. 55 f.; *Baumbach/Hueck*, 15. Aufl., GmbHG § 32 a Rdnr. 25). So liegt es im vorliegenden Fall, wenn die Eigentümer die Gesellschafterin schuldrechtlich so behandelt haben, als sei sie noch Nießbraucherin, weil dann die rechtlich den Eigentümern zuzuordnende Gebrauchsüberlassung wirtschaftlich aus dem Vermögen der Gesellschafterin stammt.

3. Nach der Rechtsprechung des Senats (BGHZ 109, 55, 16/10/89 II 307/88, 57 ff.; Urteil vom 14.12.1992 — II ZR 298/91 [= MittBayNot 1993, 33], WM 1993, 144 = ZIP 1993, 189 m. w. N.) kann die Gebrauchsüberlassung aufgrund eines Miet- oder Pachtverhältnisses den gesetzlichen und den von der Rechtsprechung entwickelten Regeln über den Ersatz von Eigenkapital unterliegen. Zu funktionalem Eigenkapital mit der Folge, daß das Nutzungsentgelt für die miet- oder pachtweise überlassenen Gegenstände nicht gefordert werden kann, wird eine solche Gesellschafterleistung dann, wenn die Gesellschaft sich in der in § 32 a Abs. 1 GmbHG umschriebenen Situation befindet, ein als ordentlicher Kaufmann handelnder Gesellschafter also der Gesellschaft neues Kapital zugeführt hätte. Diese Voraussetzung ist nicht nur dann erfüllt, wenn die Gesellschaft schon im Zeitpunkt der Gebrauchsüberlassung überschuldet ist. Zu funktionalem Eigenkapital wird die Gesellschafterleistung auch dann, wenn der Gesellschafter im Zeitpunkt des Eintritts der Krise der Gesellschaft seine Unterstützung weiter gewährt, statt seine Finanzierungsleistung abzuziehen bzw. von der ihm als Gesellschafter gegebenen Möglichkeit Gebrauch zu machen, die Gesellschaft unter Entzug der ihr zur Verfügung gestellten Mittel zu liquidieren (BGHZ a. a. O. S. 59 f., 62 f.). Hinsichtlich der an eine solche Umqualifizierung anknüpfenden Rechtsfolgen hat der Senat bisher nicht zu entscheiden gehabt, ob und gegebenenfalls in welcher Form der Konkursverwalter der Gesellschaft auf den Substanzwert der ihr zur Nutzung überlassenen Sache zugreifen kann (vgl. BGHZ 109, 55, 65 m. w. N. zum Meinungsstand; ferner *Knobbe-Keuk*, FS *Kellermann* 1991, S. 227 ff.; *Ulmer*, FS

Kellermann, S. 485 ff.; *Brandes*, RWS-Forum Nr. 5 S. 43 f.; *K. Schmidt*, ZIP 1993, 161, 168 f.). Das in dem Gebrauchsüberlassungsvertrag vereinbarte laufende Nutzungsentgelt kann der Gesellschafter indessen nicht fordern, sobald und solange die Überlassung kapitalersetzenden Charakter hat (BGHZ 109, 55, 66; Senats-Urteil vom 14.12.1992, WM a. a. O. S. 148).

Mit Recht macht die Revision geltend, daß das Berufungsgericht diesen Grundsätzen nicht entspricht. War die Gemeinschuldnerin bereits Ende 1988 überschuldet, dann ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts, das die Ausführungen des Senats in dem Urteil vom 16.10.1989 (BGHZ 109, 55, 57 f., 63) mißverstanden hat, bereits zu diesem Zeitpunkt die mietweise Gebrauchsüberlassung der Wohnungen durch die Gesellschafterin Ge. F. kapitalersetzend geworden, ohne daß es auf die Frage ankommt, ob ein außenstehender Dritter bereit gewesen wäre, der Gesellschaft die Geschäftsräume mietweise zu überlassen. Die vermietende Gesellschafterin, von der nach den vom Senat aufgestellten Regeln anzunehmen ist, daß sie die Krise der Gemeinschuldnerin kannte oder zumindest kennen mußte (vgl. BGHZ a. a. O. S. 60 m. w. N.), hätte spätestens zu diesem Zeitpunkt der Gesellschaft ihre Unterstützung entziehen und die Mietverträge kündigen müssen, wollte sie der Konsequenz entgehen, daß die Gebrauchsüberlassung den Kapitalersatzregeln unterfiel. Diese Kündigung war ihr ohne weiteres möglich, weil alle Mietverträge auf unbestimmte Zeit abgeschlossen, die Mietzahlungen monatlich zu erbringen waren und nach den vertraglichen Vereinbarungen die ordentliche Kündigungsfrist für die am längsten laufenden Mietverhältnisse höchstens neun Monate betrug und deswegen die Kündigungserklärungen mit Wirkung bis spätestens zum 30.9.1989, also lange vor der Konkurseröffnung, auf die das Berufungsgericht abstellt, ausgesprochen werden konnten.

Unzutreffend ist ferner die Auffassung des Berufungsgerichts, mit der Eröffnung des Konkursverfahrens ende die kapitalersetzende Nutzungsüberlassung von selbst, weil nunmehr kein Bedarf für eine weitere Kapitalzuführung an die aufgelöste Gesellschaft bestehe. Wie seiner weiteren Begründung zu entnehmen ist, hat es sich dabei entscheidend davon leiten lassen, daß — anders als bei dem vor Konkurseröffnung gegebenen Gesellschafterdarlehen — das zur Nutzung gegebene Wirtschaftsgut im Eigentum des Gesellschafters bleibt und daß es weder auf den Konkursverwalter übertragen, noch der Substanzwert an ihn herausgegeben werden muß. Um diese in der Literatur, wie oben ausgeführt, unterschiedlich diskutierte Frage geht es indessen nicht. Vielmehr kommt es im vorliegenden Fall — ebenso wie in der Entscheidung des Senats vom 16.10.1989 (BGHZ a. a. O. S. 65 f.; vgl. *Brandes*, RWS-Forum a. a. O. S. 44) — allein darauf an, ob der beklagte Konkursverwalter das laufende Nutzungsentgelt zu entrichten hat. Ebensowenig wie der Gesellschafter für ein kapitalersetzendes Darlehen die vereinbarten Zinsen fordern kann, besteht ein Anspruch auf Zahlung des Mietzinses für eine kapitalersetzend wirkende Nutzungsüberlassung, solange das Mietverhältnis nicht beendet ist (BGHZ 109, 55, 66; Senats-Urteil vom 14.12.1992 — II ZR 298/91, WM 1992, 144, 148; *Brandes* a. a. O. S. 44; *Knobbe-Keuk*, FS *Kellermann* S. 227 ff., 235 f., 239; *Ulmer*, FS *Kellermann* S. 485, 492, 498 m. w. N.).

4. Damit das Berufungsgericht die zur Überschuldung und zu den internen Absprachen der Grundstückseigentümer mit der Gesellschafterin über den faktischen Fortbestand des

Nießbrauchsrechts erforderlichen Feststellungen treffen kann, ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuverweisen.

Sollte das Berufungsgericht aufgrund der neuen Verhandlung bei Beachtung der vom Senat aufgestellten Erfordernisse (BGHZ 119, 159 ff. = WM 1992, 1650 = ZIP 1992, 1382) eine Überschuldung der Gemeinschuldnerin zu dem von dem Beklagten angeführten oder einem späteren Zeitpunkt nicht feststellen können, kommt es darauf an, ob die Gemeinschuldnerin zu einem späteren Zeitpunkt kreditunwürdig geworden ist und ob danach ein außenstehender Dritter der Gesellschaft die Wohnungen mietweise überlassen hätte (BGHZ 109, 55, 62 f.). Die hierzu in dem angefochtenen Urteil angestellten Erwägungen erschöpfen den Sachverhalt deswegen nicht, weil sie nicht darauf eingehen, daß der Käufer des Hauses den notariell beurkundeten Kaufvertrag, der zugleich die Vermietung des Anwesens an die Gemeinschuldnerin enthielt, nicht vollzogen hat; sofern die faktische Abstandnahme von dem Kauf- und Mietvertrag in der finanziellen Lage der Gesellschaft begründet sein sollte, wird dies in die Bewertung der Frage eingehen müssen, ob ein Dritter der Gesellschaft die Räumlichkeiten mietweise überlassen hätte.

21. GmbHG §§ 6, 51 Abs. 3 (Teilnahme eines Geschäftsunfähigen an GmbH-Gesellschafterversammlung)

- 1. In einer nicht ordnungsgemäß einberufenen Gesellschafterversammlung einer GmbH können wirksame Beschlüsse nur gefaßt werden, wenn sämtliche Gesellschafter nicht nur anwesend, sondern auch mit der Abhaltung der Versammlung zum Zweck der Beschlußfassung einverstanden sind. Nicht anwesend i. S. von § 51 Abs. 3 GmbHG ist deshalb ein geschäftsunfähiger Gesellschafter; das erforderliche Einverständnis zur Beschlußfassung kann nur sein gesetzlicher Vertreter abgeben.**
- 2. Hat ein Geschäftsführer seine Amtsfähigkeit verloren, weil seine unbeschränkte Geschäftsfähigkeit weggefallen ist, so bedarf es nach Wiedererlangung seiner vollen Geschäftsfähigkeit einer erneuten Bestellung zum Geschäftsführer; sein Amt lebt auch nach Wegfall seiner Amtsunfähigkeit nicht von selbst wieder auf.**

BayObLG, Beschluß vom 4.2.1993 — 3 Z BR/93 = BayObLGZ 1993 Nr. 13 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

1. Im Handelsregister ist die Firma X-GmbH eingetragen. Das Stammkapital beträgt 50 000 DM. Davon hält der Beteiligte zu 2) einen Anteil von 12 000 DM und der Beteiligte zu 1) einen Anteil von 38 000 DM. Hinsichtlich des Anteils des Beteiligten zu 1) ist ein Rechtsstreit anhängig, in dem geklärt werden soll, ob dieser Anteil möglicherweise der Mutter der beiden Beteiligten zusteht.

Am 23.6.1992 meldete der Beteiligte zu 2) zur Eintragung in das Handelsregister an, daß gemäß dem notariell beurkundeten Beschluß der Gesellschafterversammlung vom 17.6.1992 der bisher eingetragene Beteiligte zu 1) als Geschäftsführer ausgeschieden und er, der Beteiligte zu 2), zum neuen Geschäftsführer bestellt sei.

2. Das Registergericht hat mit Beschluß vom 4.8.1992 diese Anmeldung zurückgewiesen, weil der Beteiligte zu 1) bei Abfassung des Gesellschafterbeschlusses geschäftsunfähig gewesen sei. Diese Entscheidung hat das Landgericht mit Beschluß vom 8.12.1992 auf

Beschwerde des Beteiligten zu 2), welcher der Registerrichter nicht abgeholfen hat, aufgehoben; ferner hat es angeordnet, in das Register einzutragen:

Der Beteiligte zu 1) ist nicht mehr Geschäftsführer. Der Beteiligte zu 2) ist zum Geschäftsführer bestellt.

Gegen diese Entscheidung des Landgerichts richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 1), deren Zurückweisung der Beteiligte zu 2) beantragt.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist begründet.

1. Das Landgericht hat ausgeführt: ...
2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand (§ 27 Abs. 1 FGG, § 550 ZPO).

a) Das Landgericht hat ohne Rechtsfehler festgestellt, daß der Beteiligte zu 1) im Juni 1992, also auch zum Zeitpunkt der Gesellschafterversammlung, geschäftsunfähig war.

b) Soweit das Landgericht u. a. unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Senats (vgl. BayObLGZ 1991, 337 und 371 [= MittBayNot 1992, 221] meint, ein möglicherweise zwar anfechtbarer, dennoch aber wirksamer Gesellschafterbeschluß liege deshalb vor, weil die Stimmen des geschäftsunfähigen Gesellschafters nicht mitzuzählen seien und der Beschluß laut Feststellung des Versammlungsleiters (hier des Notars) mit den erforderlichen Stimmen zustande gekommen sei, läßt es unberücksichtigt, daß bei jedem Gesellschafterbeschluß unterschieden werden muß zwischen der Willenserklärung (Stimmabgabe) des einzelnen Gesellschafters und der Willensbildung der Gesellschaft (vgl. *Sudhoff* Der Gesellschaftsvertrag der GmbH 8. Aufl. S. 338). Der Gesellschafterbeschluß liegt erst nach Stimmabgabe aller Gesellschafter in einem nach der Satzung und dem Gesetz vorgesehenen Verfahren und der entsprechenden Feststellung des Stimmergebnisses durch den Versammlungsleiter vor (vgl. BGH GmbHR 1990, 68). Unabhängig davon, daß die Willenserklärungen einzelner Gesellschafter, z. B. gem. §§ 105, 134, 138 BGB, nichtig sein können, kann auch der eigentliche Gesellschafterbeschluß als solcher in entsprechender Anwendung der aktienrechtlichen Bestimmungen nichtig oder anfechtbar sein (vgl. BGHZ 11, 231/236; 18, 334/338; im einzelnen *Hachenburg/Raiser* GmbHG 8. Aufl. Anh. § 47 Rdnr. 16 ff.).

Entgegen der Auffassung des Landgerichts hat das Registergericht die Anmeldung des Beteiligten zu 2) zu Recht zurückgewiesen, da der in der Gesellschafterversammlung vom 17.6.1992 gefaßte Beschluß nicht nur anfechtbar, sondern nichtig ist. Die Eintragung eines nichtigen Beschlusses in das Handelsregister ist unzulässig (vgl. BayObLGZ 1982, 368/371 [= MittBayNot 1983, 24]; *Keidel/Winkler* FGG 13. Aufl. § 127 Rdnr. 13 m. w. N.; *Scholz/Karsten Schmidt* GmbHG 7. Aufl. § 45 Rdnr. 83, *Rowedder/Koppensteiner* GmbHG 2. Aufl. § 47 Rdnr. 92, *Hachenburg/Raiser* Anh. § 47 Rdnr. 84, je m. w. N.; *W. Vogel* Gesellschafterbeschlüsse und Gesellschafterversammlung 2. Aufl. S. 210; vgl. auch *Baums* Eintragung und Löschung von Gesellschafterbeschlüssen 1981, S. 51 f.).

(1) Der Beschluß, mit dem der Beteiligte zu 1) als Geschäftsführer abberufen und der Beteiligte zu 2) zum Geschäftsführer bestellt worden ist, ist nicht eintragungsfähig. Im GmbH-Gesetz ist nicht geregelt, welche Rechtsfolgen die Mangelhaftigkeit eines Gesellschafterbeschlusses hat. Die Lücke wird nach allgemeiner Meinung dadurch ausgefüllt, daß die im Aktiengesetz enthaltenen Bestimmungen über

die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Beschlüssen der Hauptversammlung, insbesondere auch die Vorschriften über die Abgrenzung zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit; sinngemäß anzuwenden sind, soweit nicht Besonderheiten bei der GmbH eine abweichende Beurteilung erfordern. Nach § 241 Nr. 1 AktG i. V. m. § 121 Abs. 2 und 3 AktG ist ein Beschluß u. a. nichtig, wenn die Einberufung zur Hauptversammlung nicht in allen Gesellschaftsblättern veröffentlicht worden ist, es sei denn, daß dennoch alle Aktionäre erschienen oder vertreten sind. An die Stelle der Veröffentlichung tritt bei der GmbH die Einladung der Gesellschafter (§ 51 Abs. 1 GmbHG). Eine solche Einladung ist zu der Versammlung vom 17. 6. 1992 nicht ergangen; deshalb kommt es nicht darauf an, ob der Beteiligte zu 2) nach § 50 GmbHG zur Einberufung der Versammlung berechtigt gewesen wäre.

Ist ein Gesellschafter nicht zur Gesellschafterversammlung geladen worden und sind auch nicht sämtliche Gesellschafter anwesend, so ist ein Beschluß, der in einer solchen Versammlung entgegen § 51 Abs. 3 GmbHG gefaßt worden ist, nichtig (vgl. BGHZ 36, 207/211; OLG Frankfurt a. Main GmbHR 1984, 99/100 [= MittBayNot 1984, 42]).

(2) Ist ein Gesellschafter geschäftsunfähig, so ist die Einladung zur Gesellschafterversammlung nur wirksam, wenn sie an seinen gesetzlichen Vertreter ergeht (vgl. BGH WM 1984, 473; *Lutter/Hommelhoff* GmbHG 13. Aufl. § 51 Rdnr. 13). Die nach § 51 Abs. 3 GmbHG mögliche Heilung einer nicht ordnungsgemäßen Ladung durch eine sog. Voll- oder Universalversammlung setzt regelmäßig voraus, daß sämtliche Gesellschafter bei der Beschlußfassung anwesend sind, d. h. in Person erschienen oder wirksam vertreten sind (vgl. BayObLGZ 1988, 400/404 [= MittBayNot 1989, 99]; *Hachenburg/Raiser* Anh. § 47 Rdnr. 43 und *Hachenburg/Hüffer* § 51 Rdnr. 28). Ist ein Gesellschafter geschäftsunfähig, so ist die Anwesenheit seines gesetzlichen Vertreters erforderlich. Da die bloße Anwesenheit der Gesellschafter oder ihrer Vertreter zur Vermeidung nichtiger Beschlüsse aber nicht genügt, vielmehr zusätzlich ihr Einverständnis erforderlich ist, daß die Versammlung Beschlüsse faßt (h. M. vgl. BGHZ 100, 264/269 f. [= DNotZ 1988, 40] m. w. N.; *Hachenburg/Hüffer* § 51 Rdnr. 29 m. w. N.; *Vogel* a. a. O. S. 209; a. A. *Baumbach/Zöllner* GmbHG 15. Aufl. § 51 Rdnr. 25), reicht die bloße Anwesenheit des geschäftsunfähigen Gesellschafters, hier des Beteiligten zu 1), nicht aus. Dieser kann nicht, wie in der Urkunde über die Gesellschafterversammlung festgehalten, auf die Beachtung aller in Gesetz und Satzung vorgeschriebenen Formen und Fristen für die Einladung zur Gesellschafterversammlung wirksam verzichten, da diese Willenserklärung nichtig ist (§ 105 Abs. 1 BGB). Für den geschäftsunfähigen Gesellschafter übt der gesetzliche Vertreter das Stimmrecht aus (vgl. *Vogel* a. a. O. S. 60) und gibt erforderliche Willenserklärungen ab. Im vorliegenden Fall war ein gesetzlicher Vertreter des Beteiligten zu 1) in der Versammlung nicht anwesend.

Die Frage einer Heilung dieses nichtigen Beschlusses der Gesellschafterversammlung durch Genehmigung stellt sich hier nicht, da der Beteiligte zu 1) auch nach Wiedererlangung seiner Geschäftsfähigkeit den Beschluß der Gesellschafterversammlung vom 17. 6. 1992 nicht genehmigt hat.

3. Die Vertretungsbefugnis des Beteiligten zu 1) als Geschäftsführer der Gesellschaft endete mit Eintritt seiner Geschäftsunfähigkeit von selbst; der Beteiligte zu 2) war aber entgegen der Meinung des Landgerichts nicht befugt, dies beim Registergericht anzumelden.

a) Nach § 6 Abs. 2 Satz 1 GmbHG kann Geschäftsführer einer GmbH nur eine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person sein. Wird dennoch eine nicht voll geschäftsfähige Person zum Geschäftsführer bestellt, ist die Bestellung nichtig (vgl. *Baumbach/Hueck* GmbHG 15. Aufl. § 6 Rdnr. 12 m. w. N.). Verliert eine zum Geschäftsführer bestellte Person die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit, so erlischt dadurch von selbst ihre Geschäftsführerbestellung, ihre Vertretungsbefugnis ist nicht mehr gegeben, ohne daß es der Abberufung durch die Gesellschafterversammlung oder durch das nach der Satzung hierfür zuständige Organ bedarf (vgl. BayObLGZ 1982, 267 und 1989 81/85 [= MittBayNot 1989, 228], BGHZ 115, 78/80, OLG München JZ 1990, 1029, je m. w. N.; *Hachenburg/Ulmer* § 6 Rdnr. 8, *Scholz/Uwe H. Schneider* GmbHG 8. Aufl. § 6 Rdnr. 12, *Baumbach/Hueck* a. a. O., je m. w. N.). Zur Anmeldung des Ausscheidens eines Geschäftsführers sind die Geschäftsführer verpflichtet (§ 39 Abs. 1, § 78 GmbHG). Sind neben dem ausgeschiedenen Geschäftsführer keine weiteren allein vertretungsbefugten Geschäftsführer vorhanden, so kann zwar auch ein neu bestellter Geschäftsführer schon vor seiner Eintragung anmelden, da diese Eintragung nicht konstitutiv wirkt (vgl. *Baumbach/Zöllner* § 39 Rdnr. 6). Hier fehlt es aber, wie oben dargelegt, an einer wirksamen Bestellung des Beteiligten zu 2) zum Geschäftsführer. In einem solchen Fall ist das Ausscheiden des einzigen Geschäftsführers durch einen auf Antrag eines Beteiligten (z. B. Gläubiger, Gesellschafter) entsprechend § 29 BGB zu bestellenden Notgeschäftsführer anzumelden (vgl. BayObLG GmbHR 1982, 214; *Hachenburg/Ulmer* § 6 Rdnr. 21 m. w. N.).

b) Anders als bei einem einstweiligen Tätigkeitsverbot, nach dessen Aufhebung der im Handelsregister gelöschte Geschäftsführer zwar neu eingetragen, nicht aber erneut bestellt werden muß (vgl. BayObLGZ 1989, 81), ist nach Wegfall der Amtsunfähigkeit der Geschäftsführer neu zu bestellen. Hat ein Geschäftsführer seine Amtsfähigkeit verloren, weil er geschäftsunfähig geworden ist, bleibt auch nach Wiedererlangung der Geschäftsfähigkeit die Vertretungsbefugnis erloschen; er kann nur durch eine erneute Bestellung wieder Geschäftsführer werden (vgl. *Lutter/Hommelhoff* § 6 Rdnr. 12). Dies ist deshalb erforderlich, weil es den Gesellschaftern vorbehalten bleiben muß, in einem solchen Fall erneut über eine Geschäftsführerbestellung zu befinden. Zudem wird häufig der Zeitpunkt der Wiedererlangung der Geschäftsführereigenschaft nicht zuverlässig festzustellen sein. ...

Inzwischen ist auf Antrag des Beteiligten zu 1) ein Notgeschäftsführer bestellt, der das Ausscheiden des Beteiligten zu 1) als Geschäftsführer anzumelden hat. Diese Bestellung des Notgeschäftsführers erlischt auch ohne Widerruf, sobald ein Geschäftsführer in einer ordnungsgemäß einberufenen Gesellschafterversammlung bestellt wird (vgl. *Hachenburg/Ulmer* a. a. O.).

22. HGB §§ 107, 143 Abs. 2, 161 Abs. 2, 162; HRV 40 Nr. 5 Abs. 2 (*Eintragung eines ausgeschiedenen Kommanditisten im Handelsregister*)

Ist im Handelsregister noch der Rechtsvorgänger eines Kommanditisten eingetragen, der seinerseits durch Tod oder Übertragung seines Kommanditanteils inzwischen ebenfalls aus der Gesellschaft ausgeschieden ist, so kann der Gesamt- oder Sonderrechtsnachfolger des zuletzt Aus-

geschiedenen erst nach der Zwischeneintragung seines Rechtsvorgängers im Handelsregister eingetragen werden. Dies erfordert der mit der Führung des Handelsregisters verfolgte Zweck, den Rechtsverkehr zuverlässig und lückenlos über die die Gesellschaft betreffenden eintragungsfähigen Tatsachen zu unterrichten.

OLG Hamm, Beschluß vom 7.1.1993 — 15 W 103/92 —, mitgeteilt von *Dr. Karldieter Schmidt*, Vorsitzender Richter am OLG Hamm

Aus dem Tatbestand:

Im Handelsregister des Amtsgerichts R. ist unter HR A die Fa. F. & H. GmbH & Co KG mit Sitz in R. eingetragen. Diese Kommanditgesellschaft hat am 1.1.1971 begonnen. Als persönlich haftende Gesellschafterin ist die Fa. H. & B. GmbH in R. und als Kommanditisten sind der Kaufmann J. sowie die Beteiligten zu 4) und 5) eingetragen. Geschäftsführer der Komplementär-GmbH ist der Beteiligte zu 3).

Der Kaufmann J. H. verstarb am 4.4.1974. Er hatte am 13.4.1973 mit seiner Ehefrau G. H., geb. G., ein notarielles Testament errichtet, in welchem sich die Eheleute unter Aufhebung eines früheren gemeinschaftlichen Testaments gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt hatten. Zu Erben des Längstlebenden beriefen sie ihre beiden Söhne, die Beteiligten zu 1) und 2), jedoch unter dem Vorbehalt, daß der Überlebende kein anderslautendes Testament errichtet. Weiter trafen sie die Teilungsanordnung, daß der Beteiligte zu 1) den Kommanditanteil an der eingangs bezeichneten Kommanditgesellschaft erhalten sollte.

Frau G. H. errichtete am 13.12.1990 mit den Beteiligten zu 1) und 2) einen notariellen Erbvertrag, in welchem sie das Testament vom 13.4.1973 und ein weiteres von ihr am 15.8.1985 errichtetes notarielles Testament widerrief. In dem Erbvertrag setzte sie die Beteiligten zu 1) und 2) zu gleichen Anteilen zu ihren Erben ein und ordnete hinsichtlich ihres Kommanditanteils an, daß der Beteiligte zu 1) diesen als Vorausvermächtnis erhalten solle. Der Beteiligte zu 1) nahm sowohl die Erbeinsetzung als auch das Vorausvermächtnis an.

Frau G. H. verstarb am 1.8.1991. Das gemeinschaftliche Ehegattentestament vom 13.4.1973 ist vom Nachlaßgericht nach dem Tod des Ehemannes am 14.5.1974 und nach dem Tod der Ehefrau am 21.8.1991 eröffnet worden, der Erbvertrag vom 13.12.1990 ist ebenfalls am 21.8.1991 eröffnet worden.

Die Beteiligten zu 1) bis 5) haben mit öffentlich beglaubigten Erklärungen vom 17.9.1991, 7.10.1991 und 29.10.1991 zum Handelsregister angezeigt, daß die Kommanditistin G. H. am 1.8.1991 durch Tod aus der Gesellschaft ausgeschieden und der Beteiligte zu 1) aufgrund des notariellen Erbvertrages vom 13.12.1990 im Wege der Rechtsnachfolge Kommanditist ab dem 1.8.1991 geworden sei. Das Vorausvermächtnis sei erfüllt worden.

Nach verschiedenen Zwischenverfügungen und Erwidern der Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten faßte der Rechtspfleger des Registergerichts mit Zwischenverfügung vom 13.1.1992 seine Rechtsansicht zu der von den Beteiligten beantragten Eintragung der Rechtsänderung im Handelsregister wie folgt zusammen:

1. Von sämtlichen Gesellschaftern sei noch die Gesamtrechtsnachfolge der Frau G. H. in den Kommanditanteil ihres verstorbenen Ehemannes anzumelden;
2. Durch den Tod der Kommanditistin G. H. seien ihre Erben — die Beteiligten zu 1) und 2) — im Wege der Gesamtrechtsnachfolge mit einem ihrer Erbquote entsprechenden Teil der Einlage neue selbständige Kommanditisten geworden; der Betrag müsse in der Anmeldung angegeben werden;
3. In Erfüllung des Vorausvermächtnisses gem. § 2150 BGB übertrage sodann der Beteiligte zu 2) seine Kommanditeinlage im Wege der Sonderrechtsnachfolge auf den Beteiligte zu 1), dessen Kommanditeinlage sich insoweit erhöhe.

Der Rechtspfleger des Registergerichts bat um eine entsprechende Anmeldung durch sämtliche Gesellschafter.

Gegen diese Verfügung legten die Beteiligten Erinnerung ein. Rechtspfleger und Registerrichter halfen der Erinnerung nicht ab. Die als Beschwerde behandelte Erinnerung ist vom Landgericht durch Beschluß zurückgewiesen worden. Hiergegen wenden sich die Beteiligten mit ihrer weiteren Beschwerde.

Aus den Gründen:

Die zulässige weitere Beschwerde ist unbegründet. . . .

2. In der Sache schließt sich der Senat der Auffassung der Vorinstanzen an, daß noch anzumelden und einzutragen sind die im Wege der Gesamtrechtsnachfolge erworbene Kommanditistenstellung der Frau G. H. nach ihrem Ehemann, die ebenfalls im Wege der Gesamtrechtsnachfolge erworbene Kommanditistenstellung der Beteiligten zu 1) und 2) nach ihrer Mutter und die im Wege der Sonderrechtsnachfolge dazu erworbene Kommanditeinlage des Beteiligten zu 2) durch den Beteiligten zu 1).

Nach §§ 107, 143 Abs. 2, 161 Abs. 2, 162 HGB und § 40 Nr. 5 Abs. 2 lit. c u. e HRV sind der Eintritt eines Kommanditisten in eine bestehende Handelsgesellschaft unter Angabe des Betrages der Einlage und das Ausscheiden eines Kommanditisten anzumelden und in das Handelsregister einzutragen. Wenn auch der Wortlaut des Gesetzes keine weiteren Erfordernisse aufstellt, so kann sich jedoch aus dem Zweck des Handelsregisters, die eingetragenen Rechtsverhältnisse nach Möglichkeit so wiederzugeben, wie sie sich nach der von den Beteiligten gewollten und mit der Rechtsordnung vereinbarten Sachlage darstellen, die Notwendigkeit ergeben, auf eine mit dem Ausscheiden eines alten und dem Eintritt eines neuen Kommanditisten verbundene Rechtsfolge hinzuweisen, wenn dadurch einem sachlichen, sich aus der Rechtslage ergebenden Bedürfnis gedient wird (RG-GS DNotZ 1944, 155 = WM 1964, 1130).

a) Stehen das Ausscheiden eines Kommanditisten und der Eintritt eines neuen Kommanditisten in keinem unmittelbaren rechtlichen Zusammenhang, so genügt eine dem Wortlaut der gesetzlichen Vorschriften entsprechende, sich auf die Tatsache des Ausscheidens und des Eintritts beschränkende Eintragung in das Handelsregister, da sie die Rechtslage zutreffend und erschöpfend wiedergibt. Die Gesellschaftsgläubiger können aus den so eingetragenen Veränderungen ersehen, daß neben dem ausgeschiedenen Kommanditisten, dessen sich aus §§ 171, 172 HGB ergebende unmittelbare Haftung für die bis zu seinem Ausscheiden entstandenen Gesellschaftsschulden fort dauert, auch der neu eintretende Gesellschafter nach § 173 HGB für die vor und nach seinem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft bis zur Höhe seiner eigenen Einlage persönlich haftet, ohne daß er sich bei Inanspruchnahme damit entlasten könnte, der Ausgeschiedene habe seine Einlage erbracht und dies befände sich noch im Vermögen der Gesellschaft (RG a. a. O.).

b) Diese Rechtsfolgen treten aber nicht ein, wenn ein Wechsel der Kommanditisten aufgrund einer Gesamtrechtsnachfolge eingetreten ist. Das Wesen der Gesamtrechtsnachfolge besteht darin, daß der Gesamtrechtsnachfolger in die Rechtsstellung eintritt, die sein Rechtsvorgänger eingenommen hat, so daß der Erbe mit dem Tod seines Rechtsvorgängers ohne weiteres sowohl im Innenverhältnis als auch nach außen an dessen Stelle tritt. (. . .) Der Eintritt eines Kommanditisten im Wege der Gesamtrechtsnachfolge läßt also im Unterschied zum unter oben a) genannten Fall keine neue Haftungsverpflichtung des Eintretenden entstehen, die neben der des Erblassers wirksam werden könnte.

c) Bei der Zuwendung eines Kommanditanteils als Vorausvermächtnis (§ 2150 BGB) wird zunächst der Erbe bzw. werden die Erben Kommanditisten, ohne daß es einer Ein-

trittserklärung des Erben oder der Zustimmung der übrigen Gesellschafter bedürfte (vgl. BGH WM 1976, 251 f.). Mehrere Erben werden nicht in Erbengemeinschaft Kommanditisten, sondern einzeln jeweils mit einem dem Erbanteil entsprechenden Anteil der Einlage (*Keidel/Schmatz/Stöber*, Registerrecht, 5. Aufl., Rdnr. 288 d). Der durch das Vorausvermächtnis begünstigte Miterbe hat aber bei einer Mehrheit von Erben gegenüber den übrigen Miterben einen Anspruch auf Übertragung der ihnen durch die Erbschaft angefallenen Kommanditbeteiligung. Die Kommanditbeteiligung des Erblassers fällt also in den Nachlaß und steht damit zunächst den Erben zu.

Die Übertragung des durch Erbfolge angefallenen Kommanditanteils auf den Vermächtnisnehmer, den Beteiligten zu 1), durch Rechtsgeschäft unter Lebenden führt im Wege der Sonderrechtsnachfolge nur zu einer Vermögensverschiebung zwischen den beiden Kommanditisten, ohne daß die Gesellschaft verpflichtet wäre, dem Ausscheidenden den Gegenwert für die von ihm aufgegebenen Rechte zu gewähren. Der Neueintretende tritt im Innen- wie im Außenverhältnis in die Rechtsstellung des Übertragenden ein. Da sich die Rechtsstellung eines Gläubigers der Gesellschaft durch die Übertragung nicht verschlechtern darf, haftet den Altgläubigern gegenüber neben dem neu eintretenden Kommanditisten auch dessen Rechtsvorgänger weiter, und zwar mit folgenden Besonderheiten: Der das Vermächtnis erfüllende Miterbe haftet nur nach erbrechtlichen Grundsätzen, d. h. mit dem Nachlaß, solange er die erbrechtliche Haftungsbeschränkung geltend machen kann (*Staub/Schilling*, Kommentar zum HGB, 3. Aufl., § 173 Anm. 18). Der abtretende Miterbe wie der Vermächtnisnehmer sind, da ein Fall der Sonderrechtsnachfolge vorliegt, von der Haftung befreit, wenn auch nur einer von ihnen in Höhe der Haftsumme eine Vermögenseinlage bei der Gesellschaft geleistet und keiner von ihnen etwas daraus zurückerhalten hat. Bei der Sonderrechtsnachfolge wie bei der Gesamtrechtsnachfolge verdoppelt sich also die Haftsumme nicht, zu der Rechtsposition, die der neu eintretende Gesellschafter erwirbt, gehört auch die Haftungsbefreiung des Ausscheidenden (BGHZ 81, 82 = NJW 1981, 2747).

Da der Beteiligte zu 2) seine Kommanditistenstellung aufgrund des Erbvertrages im Wege der Gesamtrechtsnachfolge erworben hatte, er andererseits aber nach dem Erbvertrag verpflichtet war, diese Rechtsstellung ohne Gegenleistung auf den Beteiligten zu 1) zu übertragen, und da die Beteiligten sogar davon ausgehen, daß der Beteiligte zu 1) unmittelbar mit dem Tod seiner Mutter in deren Rechte an der Kommanditgesellschaft eingetreten ist, ist davon auszugehen, daß ihm keine Abfindung für die von ihm aufgegebenen Rechte aus dem Gesellschaftsvermögen gewährt oder versprochen worden ist. Daher ist auch ein auf die Sonderrechtsnachfolge hinweisender zusätzlicher Vermerk im Handelsregister erforderlich, um bei Dritten von vornherein den Anschein auszuschließen, die Haftsumme habe sich verdoppelt (vgl. RG a. a. O.).

d) Die beschriebenen unterschiedlichen Rechtsfolgen belegen einmal, daß bei einer Gesamt- wie Sonderrechtsnachfolge die bloße Eintragung des Ausscheidens des alten und des Eintritts des neuen Kommanditisten nicht ausreicht, um einen mit dem Sachverhalt nicht vertrauten Dritten hinreichende Klarheit über die mit der Kommanditistenstellung im Zusammenhang stehenden Rechtsverhältnisse zu geben. Es ist daher seit der bereits mehrfach zitierten Entscheidung des Reichsgerichts vom 30. 9. 1944 allgemein anerkannt, daß im Falle des Übergangs eines Kommanditanteils durch

Gesamtrechtsnachfolge auf einen neuen Kommanditisten im Handelsregister ein besonderer, auf die Rechtsnachfolge hinweisender Vermerk einzutragen ist, und daß dies auch bei der Sonderrechtsnachfolge gilt, wenn eine Versicherung der Beteiligten vorliegt, daß der ausscheidende Kommanditist keine Abfindung für die von ihm aufgegebenen Rechte aus dem Gesellschaftsvermögen gewährt oder versprochen erhalten habe (vgl. OLG Köln DNotZ 1953, 435; BayObLG BB 1983, 334 = MDR 1983, 493 [= MittBayNot 1983, 22]).

Darüber hinaus ergibt sich bereits aus den dargelegten haftungsrechtlichen Konsequenzen des Ausscheidens und Neueintretens eines Kommanditisten das Interesse der Gesellschaftsgläubiger, aus dem Handelsregister zuverlässig und lückenlos zu ersehen, wer aufgrund welchen rechtlichen Vorgangs Kommanditist der Gesellschaft ist. Dies kann z. B. Bedeutung haben für ihre Entschließungen im Rahmen der Beitreibung von Forderungen oder im Rahmen der Kreditgewährung. Dieses Interesse besteht unabhängig davon, ob der noch nicht eingetragene Kommanditist mittlerweile verstorben ist oder seine Stellung im Wege der Sonderrechtsnachfolge weiterübertragen hat.

Die Erforderlichkeit der Eintragung jedes Wechsels eines Kommanditisten folgt aber auch und in besonderer Weise daraus, daß das Gesetz hiervon keine Ausnahme macht und in bestimmten Fällen unmittelbar an die Eintragung rechtliche Konsequenzen knüpft. So beginnt die Verjährung der Ansprüche gegen einen Gesellschafter mit dem Tag der Eintragung des Ausscheidens, § 159 Abs. 2 HGB. Gegenüber den Neugläubigern gilt der noch eingetragene Gesellschafter gem. § 15 Abs. 1 HGB als der Gesellschaft noch angehörender Kommanditist, dessen Einlage durch den in der Eintragung angegebenen Betrag bestimmt wird, § 172 Abs. 1 HGB. Hieraus ist zu ersehen, daß die Eintragung in gewisser Weise auch dem Schutz des ausgeschiedenen Gesellschafters dient.

Schließlich erfordert auch der generelle Zweck, der mit der Führung des Handelsregisters verbunden ist, daß alle Beteiligten alle vorgeschriebenen Anmeldungen zum Register bewirken. Die Führung des Handelsregisters ist vorgeschrieben, damit bestimmte tatsächliche und rechtliche Verhältnisse, die für den Verkehr von besonderer Bedeutung sind, in einer zuverlässigen und vollständigen Weise beurkundet werden und jederzeit vom Publikum durch Einsichtnahme der Register und seiner Unterlagen bequem festgestellt werden können. Das jedermann zugängliche Register bezweckt also die Erhöhung der Verkehrssicherheit. Das Handelsregister ist von den zahlreichen öffentlichen Registern vor allem dazu bestimmt, dem privatrechtlichen Verkehr zu dienen und dessen Sicherheit zum Schutze gegen Verdunkelungen und Verschleierungen zu fördern (*Brand/Marowski*, Die Registersachen in der gerichtlichen Praxis, 4. Aufl., S. 12 m. w. N.). Auch wenn das Registergericht im allgemeinen die zur Eintragung angemeldeten Tatsachen nicht auf ihre Richtigkeit überprüft, so ist es andererseits doch gehalten, solche Tatsachen, deren Unrichtigkeit es als dargetan erachtet, von der Eintragung auszuschließen, um nicht an der Täuschung des Rechtsverkehrs mitzuwirken (KG J 41, 132). (...)

e) Das Registergericht fordert daher zu Recht, daß die Beteiligten noch anzumelden haben die Rechtsübergänge nach J. und G. H. sowie bezüglich des Rechtsübergangs nach dem Beteiligten zu 2) den Hinweis auf die Sonderrechtsnachfolge. Ein Fall, daß die Eintragung von Amts wegen zu erfolgen hat, liegt nicht vor. ...

23. GmbHG §§ 55, 56 (Anforderungen an Kapitalerhöhung durch Sacheinlage bei Einbringung von Unternehmen)

Soll eine Kapitalerhöhung als Sacheinlage durch Einbringung eines oder mehrerer Unternehmen erfolgen, muß in dem Erhöhungsbeschuß und in der Übernahmeerklärung bestimmt werden, ob und in welchem Umfang auch Passiva übernommen werden.

(Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Düsseldorf, Beschluß vom 30.7.1992 — 3 Wx 36/92 —

Aus dem Tatbestand:

Die Gesellschaft hat am 20.3.1991 u. a. beschlossen, das Stammkapital von bisher 50.000,00 DM auf 70.000,00 DM zu erhöhen. Zur Übernahme der neuen Stammeinlage wurde die bisherige Gesellschafterin und alleinige Geschäftsführerin Frau N. zugelassen. Weiter heißt es in dem Gesellschafterbeschuß vom 22.3.1991 unter Punkt 9 wie folgt:

Die neue Stammeinlage ist nicht in Geld zu erbringen, sondern dadurch, daß die Gesellschafterin N. drei Sonnenstudios, deren Alleininhaberin sie ist, in die Gesellschaft einbringt.

Die Namen und Anschriften dieser drei Sonnenstudios lauten wie folgt:

- a) P. N., S.-Straße, D.,
- b) P. N., K.-Straße, D.,
- c) P. N., V.-Straße, D.-M.

Unter dem 20.3.1991 hat die Geschäftsführerin die Kapitalerhöhung zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet und mit Schreiben vom 13.5.1991 die Übernahmeerklärung vom 10.5.1991 sowie einen Sachgründungsbericht eingereicht und gleichzeitig erklärt, daß es sich bei den drei Sonnenstudios nicht um verschiedene Einzelunternehmen handele, daß die Unternehmen nicht im Handelsregister eingetragen seien und daß sämtliche Aktiva und Passiva eingebracht werden sollen.

In der genannten Übernahmeerklärung der Gesellschafterin vom 10.5.1991 ist die Übernahme der neuen Stammeinlage zu den Bedingungen des Kapitalerhöhungsbeschlusses erklärt.

Die Angabe der Geschäftsführerin, daß es sich nicht um verschiedene Einzelunternehmen handele, hat der Verfahrensbevollmächtigte im Schriftsatz vom 27.5.1991 dahin korrigiert, daß es sich bei den drei Sonnenstudios um drei steuerrechtlich und gewerberechtlich selbständige Einzelunternehmen handele. Außerdem heißt es in dem genannten Schriftsatz, daß die Einbringung auf der Grundlage der Schlußbilanz erfolge.

Das Amtsgericht hat durch Beschluß die Eintragung der Kapitalerhöhung abgelehnt und zur Begründung u. a. ausgeführt:

a) Gem. § 56 Abs. 1 GmbHG müsse sowohl im Kapitalerhöhungsbeschuß als auch in der Übernahmeerklärung der Gegenstand der Sacheinlage festgesetzt sein. Die Festsetzung müsse dabei so deutlich sein, daß der eingebrachte Gegenstand identifizierbar sei. Werde, wie vorliegend, ein Geschäftsbetrieb eines nicht im Handelsregister eingetragenen Einzelunternehmens eingebracht, so sei die Zuordnung der Vermögensgegenstände zum privaten und zum Geschäftsvermögen mit besonderen Schwierigkeiten verbunden. Kapitalerhöhungsbeschuß und Übernahmeerklärung müßten deshalb neben der Bezeichnung des Geschäftsbetriebs auch festlegen, ob das Unternehmen mit allen Aktiva und Passiva eingebracht werde und worin diese Aktiva und Passiva bestünden. Hierbei reiche es aus, wenn auf eine dem Beschluß als Anlage beigefügte und vom Unternehmer unterzeichnete Vermögensübersicht oder auf eine Schlußbilanz Bezug genommen werde. Dies sei vorliegend nicht geschehen.

b) Außerdem habe sich das Registergericht gem. den §§ 57 a, 9 c GmbHG von der Werthaltigkeit des eingebrachten Unternehmens zu überzeugen und die Eintragung abzulehnen, wenn das eingebrachte Unternehmen überbewertet sei. Hier ergebe sich aus den vorgelegten Bilanzen, daß das eingebrachte Unternehmen überschuldet und deshalb nicht werthaltig sei. Zwar meine der Verfahrensbevollmächtigte der Gesellschaft, es sei leicht nachvollziehbar, daß die in den Bilanzen eingesetzten Buchwerte nicht den tatsächlichen Verkehrswerten entsprächen. Hierbei werde jedoch verkannt, daß es nicht Sache des Registergerichts sei, aus den in einer Bilanz enthaltenen Buchwerten Verkehrswerte hochzurechnen. Es sei vielmehr Sache des Anmeldenden, den Nachweis der Werthaltigkeit des eingebrachten Unternehmens zu führen. Dieser Nachweis sei in aller Regel durch Vorlage einer geprüften und testierten Bilanz zu erbringen. Die Gesellschaft habe es jedoch abgelehnt, eine solche Bilanz vorzulegen.

c) Außerdem hätten die Gesellschafter nach § 5 Abs. 4 Satz 2 GmbHG in entsprechender Anwendung einen Sacherhöhungsbericht vorzulegen. Aufgabe des Sacherhöhungsberichtes sei es, dem Registergericht durch eine nachvollziehbare und geordnete Darstellung die Bewertung der Sacheinlage zu erläutern. Der Bericht müsse dabei die wesentlichen Umstände mitteilen, aus denen sich ergebe, daß das eingebrachte Unternehmen angemessen bewertet sei. Diesen Aufforderungen werde jedoch das von dem Steuerberater der Gesellschaft erstellte und als Sachgründungsbericht bezeichnete Schriftwerk nicht gerecht.

Der Verfahrensbevollmächtigte hat im Namen der Gesellschaft gegen den Beschluß des Amtsgerichts Beschwerde eingelegt und im Verlauf des Beschwerdeverfahrens ein Gutachten der Sachverständigen-gesellschaft . . . GmbH in K. über den Teilwert des Sachanlagevermögens der Firma B. S. Sonnenstudio GmbH i. Gr. in den Betriebsstätten D., K.-Straße (der Kapitalerhöhungsbeschuß nennt die Betriebsstätte K.-Straße, D., S.-Straße und D.-Straße) vorgelegt.

Das Landgericht hat durch Beschluß die Beschwerde der Gesellschaft gegen den Beschluß des Amtsgerichts zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt:

Das Amtsgericht habe den Antrag auf Eintragung einer Kapitalerhöhung zu Recht abgelehnt, weil aufgrund der bis zum Erlaß des Beschlusses eingereichten Unterlagen die Werthaltigkeit der einzubringenden Sonnenstudios nicht vom Registergericht habe festgestellt werden können. Der Hinweis darauf, daß es nicht Sache des Registergerichts sei, aus den in einer Bilanz enthaltenen Buchwerten Verkehrswerte hochzurechnen, sei durchaus angebracht gewesen.

An der Entscheidung des Amtsgerichts ändere sich im Ergebnis nichts, nachdem der Verfahrensbevollmächtigte der Gesellschaft das testierte Gutachten vom 5.11.1991 über die Bewertung des Aktivvermögens der Sonnenstudios vorgelegt habe. Aus dem Gutachten ergebe sich zwar, daß der Teilwert des Sachanlagevermögens der einzubringenden Sonnenstudios 425.610,00 DM betrage. Nach den vorgelegten Bilanzen per 31.12.1990 betrage die Summe der Verbindlichkeiten der drei Studios jedoch 535.670,50 DM. Danach liege eine Überschuldung vor. Wie der Verfasser der Bilanzen dann in der Einbringungsbilanz per 1.1.1991 auf Verbindlichkeiten von nur 299.472,95 DM komme, sei nicht nachzuvollziehen.

Der Verfahrensbevollmächtigte hat weitere Beschwerde eingelegt.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist zulässig. . . .

In der Sache selbst hat die weitere Beschwerde jedoch keinen Erfolg.

1. Allerdings ist die Begründung des Landgericht für die Zurückverweisung der Beschwerde unzureichend und teilweise auch nicht nachvollziehbar (Verstoß gegen § 25 FGG), und zwar in mehrfacher Hinsicht. (Wird ausgeführt.)

2. Die unzureichende Begründung des angefochtenen Beschlusses führt hier jedoch nicht zur Zurückverweisung der Sache, weil sich die Entscheidung des Landgerichts aus einem anderen Grund im Ergebnis als richtig darstellt.

Der Antrag auf Eintragung der Kapitalerhöhung war schon deshalb zurückzuweisen, weil die Voraussetzungen des § 56 Abs. 1 GmbHG nicht erfüllt sind.

Sollen — wie hier — Sacheinlagen geleistet werden, dann muß nach § 56 Abs. 1 GG ihr Gegenstand im Beschluß über die Erhöhung des Stammkapitals festgesetzt werden. Außerdem ist die Festsetzung in die nach § 55 Abs. 1 GmbHG bezeichnete Erklärung des Übernehmers aufzunehmen.

Beides ist hier nicht ordnungsgemäß geschehen. Die Angaben im Kapitalerhöhungsbeschuß und in der Übernahmeerklärung sind unzureichend.

Das Amtsgericht hat zu Recht darauf hingewiesen, daß ergänzend zu den im Kapitalerhöhungsbeschuß gemachten Angaben zumindest zusätzlich festgestellt werden müsse, daß das (die) Unternehmen mit allen Aktiven und Passiven

eingebracht wird (werden). Daß eine solche Angabe zu der Übernahme von Schulden auch bei der Einbringung von Unternehmen oder sonstigen Sachgesamtheiten im Kapitalerhöhungsbeschluß ebenso wie bei der Festsetzung nach § 5 Abs. 4 Satz 1 GmbHG erforderlich ist, entspricht ganz herrschender Auffassung (vgl. *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, 8. Aufl., § 56 Rdnr. 22; *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, 7. Aufl. Ergb., § 5 Rdnr. 115 und 121, 122; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 13. Aufl., § 5 Rdnr. 26; *Priester* BB 1980, 19, 20; *Scholz/Priester*, GmbHG, 7. Aufl., § 56 Rdnr. 57; *Scholz/Winter*, GmbHG, 7. Aufl., § 5 Rdnr. 54 und 92; *Sudhoff*, Der Gesellschaftsvertrag der GmbH, 8. Aufl., S. 191; mit Einschränkungen *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 15. Aufl., § 5 Rdnr. 30; a. A. wohl *Rowedder/Rittner*, GmbHG, 2. Aufl., § 5 Rdnr. 51) und ergibt sich aus der Funktion der Festsetzung.

Die Festsetzung dient im wesentlichen drei Zwecken. Die Festsetzung soll (vgl. wegen der Einzelheiten z. B. *Hachenburg/Ulmer*, GmbHG, 7. Aufl. Ergb., § 5 Rdnr. 106 und *Priester* BB 1980, 19, 21):

- die an die Stelle der Barleistung tretende Sachleistungspflicht des einlegenden Gesellschafters definieren,
- die Gläubiger über die Art der Aufbringung der Sacheinlage informieren,
- als Grundlage für die vom Registergericht vorzunehmende Prüfung der Werthaltigkeit der Sacheinlage dienen.

Allen drei Funktionen der Festsetzung würde es jedoch zuwiderlaufen, wenn in einem Kapitalerhöhungsbeschluß nicht eindeutig klargestellt würde, ob und inwieweit Passiva übernommen werden. Die Notwendigkeit einer solchen Klarstellung insbesondere auch zum Schutz der Gläubiger wird im vorliegenden Fall besonders deutlich.

Im Erhöhungsbeschluß ist lediglich davon die Rede, daß drei Sonnenstudios, deren Inhaberin die Gesellschafterin sei, eingebracht werden. Diese Formulierung legt an sich die Vermutung nahe, daß die Einlage aus einer Anzahl körperlicher Gegenstände besteht, die unter dem Begriff Sonnenstudio und der entsprechenden Anschrift näher identifiziert werden. Nicht erkennbar ist jedoch, daß es sich dabei um selbständige, vom Privatvermögen der Gesellschafterin getrennt geführte (und bilanzierte) Unternehmen handelt, so daß die Annahme, daß auch Verbindlichkeiten (und Forderungen) auf die GmbH übergehen sollen, nach dem Wortlaut des Erhöhungsbeschlusses eher fernliegt. Erst der Hinweis, daß die Sonnenstudios mit allen Aktiven und Passiven eingebracht werden sollen, hätte die notwendige Klarstellung herbeigeführt.

Die Stellungnahme der Beschwerdeführerin zu diesem Punkt erschöpft sich in der Feststellung, daß kein Zweifel daran bestehe, daß die betroffenen Unternehmen mit allen Aktiven und Passiven eingebracht werden sollten. Dies ist aber kein brauchbares Argument bezüglich des notwendigen Inhalts des Kapitalerhöhungsbeschlusses. Selbst wenn gesellschaftsintern keine Zweifel darüber bestanden haben sollten, was Gegenstand der Einlage ist, würde dies die notwendige Offenlegung gegenüber den Gläubigern und dem sonstigen Publikum nicht entbehrlich machen. Hinzu kommt, daß die Haftung der Gesellschaft für Verbindlichkeiten, die nicht beurkundet sind, zumindest problematisch ist (vgl. zur Gründung mit Sacheinlagen z. B. RG in Das Recht 1909 Nr. 2528 und *Hachenburg-Ulmer*, GmbHG, 7. Aufl. Ergb., § 5 Rdnr. 121).

Auf die Möglichkeit, daß die Gründungsvereinbarung oder der Kapitalerhöhungsbeschluß auch der Auslegung zugänglich sind (vgl. z. B. *Hachenburg-Ulmer*, GmbHG, 7. Aufl. Ergb., § 5 Rdnr. 54, 55) kann das Registergericht nicht verwiesen werden. Vielmehr ist die Eintragung selbst bei nur unklarer Fassung notwendiger Erklärungen oder Vereinbarungen abzulehnen . . .

3. Ob außerdem hinsichtlich der Aktiven und Passiven im Kapitalerhöhungsbeschluß oder in einer Anlage hierzu weitere Konkretisierung vom Amtsgericht verlangt werden konnte, bedarf im Rahmen dieses Beschlusses keiner abschließenden Entscheidung. Die Notwendigkeit einer solchen Konkretisierung ist nach Auffassung des Senats nur nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalles zu beurteilen, wobei allerdings darauf hinzuweisen ist, daß eine Einlage „mit allen Aktiven und Passiven“ inhaltlich u. U. eine weitergehende Bedeutung haben kann als eine Einlage „mit allen Aktiven und Passiven gemäß einer beigefügten Vermögensübersicht o. dgl.“. Die Notwendigkeit weiterer Konkretisierung hängt allein davon ab, ob dies zur eindeutigen Identifizierung des Einlagegegenstandes nach der Verkehrsübung oder zur Vermeidung von Irreführungen beim Publikum erforderlich ist. Das Amtsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, daß auch Unternehmen, die nicht im Handelsregister eingetragen sind, Gegenstand der Einlage sein können (vgl. *Priester* BB 1980, 19, 20). Zutreffend ist aber auch der Hinweis, daß insbesondere in solchen Fällen eine Abgrenzung zwischen Privat- und Geschäftsvermögen mit Schwierigkeiten verbunden sein kann.

24. GmbHG §§ 53, 54; AktG §§ 293 ff. (*Aufhebung eines Unternehmensvertrages zwischen zwei GmbH*)

1. Für die Aufhebung eines Unternehmensvertrages zwischen zwei GmbH gelten die gleichen Formerfordernisse wie für dessen Abschluß. Für die Anmeldung der Aufhebung gelten ebenfalls die gleichen Erfordernisse wie für die Anmeldung des Abschlusses.
2. Der Aufhebungsvertrag bedarf somit zu seiner Wirksamkeit insbesondere eines Zustimmungsbeschlusses seitens der herrschenden Gesellschaft sowie eines notariell beurkundeten Zustimmungsbeschlusses seitens der beherrschten GmbH.

(Leitsätze der Schriftleitung)

LG Konstanz, Beschluß vom 26.11.1992 — 3 HT 1/92 —

Aus dem Tatbestand:

Die Beschwerdeführerin hat mit Schreiben vom 17.12.1991 die Aufhebung des am 9.7.1987 in Kraft getretenen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages zum 31.12.1991 zum Handelsregister angemeldet.

Der Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag war zwischen der Beschwerdeführerin als abhängiges Unternehmen und der als herrschende Unternehmen geschlossen worden. Die herrschende Gesellschaft war und ist zugleich Alleingesellschafterin der Beschwerdeführerin.

Da der Anmeldung lediglich der Aufhebungsvertrag beigefügt war, hat das Amtsgericht — Registergericht — die Anmeldung mit Schreiben vom 30.12.1991 beanstandet. Mit Beschluß vom 19. 8. 1992 hat das Amtsgericht die Handelsregisteranmeldung vom 17.12.1991 kostenpflichtig zurückgewiesen. Mit Schreiben vom 3.9.1992 hat die Beschwerdeführerin gegen diesen Beschluß Beschwerde beim Amtsgericht eingelegt. Dieser wurde nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist nicht begründet.

Das Amtsgericht hat über den Antrag, die Aufhebung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages mit der Beschwerdeführerin als abhängiges Unternehmen in das Handelsregister einzutragen, entschieden. Dieser Eintragungsantrag ist zutreffend zurückgewiesen worden.

Richtigerweise ist das Registergericht der Ansicht, daß für die Aufhebung eines Unternehmensvertrages die gleichen Erfordernisse wie für dessen Abschluß gelten und daß auch für die Anmeldung der Aufhebung die gleichen Grundsätze gelten wie für die Anmeldung des Abschlusses. Auf der Grundlage der durch den Bundesgerichtshof in seinem Beschluß vom 24. 10. 1988 (BGHZ 105, 324 ff. [= MittBayNot 1989, 33 = DNotZ 1989, 102] aufgestellten Erfordernisse ist neben dem Aufhebungsvertrag der zustimmende Beschluß der Gesellschafterversammlung sowohl der herrschenden wie auch der beherrschenden GmbH nachzuweisen. Da die Beschwerdeführerin bisher nur den Vertrag über die Aufhebung der Beherrschungs- und Gewinnabführungsvereinbarung vorgelegt hat, kann die Beschwerde nicht begründet sein.

Geht man, da ein eigenständiges GmbH-Konzernrecht nicht kodifiziert worden ist, von der Rechtslage im Aktienkonzern aus, läßt sich zwar ein wesentlicher Unterschied zwischen den organisationsrechtlichen Erfordernissen des Abschlusses eines Unternehmensvertrages im Vergleich zu dessen vertraglicher Aufhebung feststellen. Mit dem Zustimmungserfordernis auf seiten der beherrschten wie der beherrschenden Gesellschaft gem. § 293 Abs. 1, Abs. 2 AktG korrespondiert keine Zustimmungspflicht im Rahmen der Aufhebung. Die in § 296 Abs. 2 AktG angeordnete Notwendigkeit eines Sonderbeschlusses kann für die hier vorliegende Konstellation außer Acht bleiben, da keine Minderheitsgesellschafter vorhanden sind. Wenn § 296 Abs. 1 AktG die vertragliche Aufhebung eines geschlossenen Unternehmensvertrages als Maßnahme der Geschäftsleitung qualifiziert, erscheint es zwar naheliegend, diese Betrachtungsweise auch auf den GmbH-Vertragskonzern zu erstrecken. Dem stehen aber mehrere Gesichtspunkte entgegen.

Wie der Bundesgerichtshof mehrfach klargestellt hat, ändert der Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag den rechtlichen Status der abhängigen GmbH und ist als satzungsgleicher Organisationsvertrag zu qualifizieren (vgl. BGHZ 103, 1 (4) [= DNotZ 1988, 621]; 105, 324 (331); NJW 1992, 1452 (1454)). Dies gilt unabhängig davon, ob die herrschende GmbH, wie auch in der vorliegenden Konstellation, Alleingesellschafterin der abhängigen GmbH ist (BGH NJW 1992, 1452 (1454) [= MittBayNot 1992, 218 = DNotZ 1993, 176]). Aus diesem Grund unterliegt der Abschluß eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages als satzungsgleiches Rechtsgeschäft der analogen Anwendung der §§ 53, 54 GmbHG (ausdrücklich BGHZ 105, 324 (339); *Ulmer*, in *Hachenburg*, 8. Aufl. 1991, § 53 Rdnr. 154; für eine unmittelbare Anwendung: *Priester*, in *Hommelhoff* u. a. (Hrsg.), *Entwicklungen im GmbH-Konzernrecht*, 1986, S. 151 (184); *Koppensteiner*, in: *Rowedder*, GmbHG, 2. Aufl. 1990, Anh. § 52 Rdnr. 72; früher bereits *Sonnenschein*, *Organisation und Konzerngesellschaftsrecht*, 1976, S. 401 f.). Etwas anderes kann aber auch nicht für die einvernehmliche Vertragsaufhebung als *actus contrarius* gelten.

Unter diesem Blickwinkel bleibt die Frage der vergleichbaren Rechtslage im Aktien- und GmbH-Vertragskonzern letztendlich unbedeutend. Die Regelung des § 296 AktG ist

unanwendbar, da sie in einem unlösbaren Zusammenhang mit den Voraussetzungen des Vertragsabschlusses steht, für den gerade § 293 Abs. 1 Satz 4 AktG die Anwendung der Bestimmungen über die Satzungsänderungen ausschließt. Im GmbH-Recht fehlt jedoch eine vergleichbare Regelung. Auch eine analoge Anwendung von § 293 Abs. 1 Satz 4 AktG scheidet aus, da die Analogie der §§ 53, 54 GmbHG vorrangig bleibt (zutreffend *Ulmer*, a. a. O.).

Denjenigen Vertretern, die zumindest im Ergebnis eine analoge Anwendung des § 293 Abs. 1 Satz 4 AktG befürworten (vgl. *Timm*, GmbHR 1989, 11 (14 f.); *ders.*, GmbHR 1987, 8 (14); *Krieger*, in: *Uwe H. Schneider* (Hrsg.), *Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge in der Praxis der GmbH*, 1989, S. 112 ff.), ist zwar zuzugestehen, daß auch der Bundesgerichtshof auf die Wertung des AG-Vertragskonzerns, des § 293 Abs. 2 AktG, verwiesen hat (vgl. BGHZ 105, 324 (335)), um eine Zustimmungspflicht der Gesellschafterversammlung des herrschenden Unternehmens zu begründen. Dieser Aspekt kann aber kein anderes Ergebnis rechtfertigen. Im GmbH-Recht fehlen Regelungen, die zur Befürwortung der Frage einer Zustimmungserfordernis der beherrschenden Gesellschaft herangezogen werden können, so daß die Heranziehung des Gedankens des § 293 Abs. 2 Satz 1 AktG auch für das GmbH-Recht zulässig ist, ohne daß hiermit die vorrangige Analogie der §§ 53, 54 GmbHG in Zweifel gezogen werden muß.

Vor diesem Hintergrund ist auf seiten der beherrschten GmbH die Zustimmung zur einvernehmlichen Vertragsaufhebung erforderlich. Da es sich vorliegend um eine Einmann-GmbH handelt, kann auch die in dem Beschluß vom 24. 10. 1988 durch den Bundesgerichtshof offen gelassene Frage, welche konkreten Mehrheitserfordernisse in dieser Hinsicht gelten (vgl. BGHZ 105, 324 (332)), unbeantwortet bleiben.

Vom Bundesgerichtshof bisher nicht ausdrücklich erörtert ist die Frage, ob auf seiten der herrschenden GmbH ein Zustimmungsbeschluß entbehrlich ist, wenn dieses Unternehmen seinerseits eine 100%ige Tochter einer höherstufigen Konzerngesellschaft darstellt. Dies ist jedoch zu verneinen, da die unterschiedliche Organkompetenz von der denkbaren Identität der jeweiligen Organmitglieder unberührt bleibt (zutreffend *Zöllner* DB 1989, 913 (914)). Die Gesellschaftsstruktur des herrschenden Unternehmens kann daher im Ergebnis offen bleiben.

Die Argumente, die der Bundesgerichtshof zur Begründung einer Zustimmung gegenüber dem Abschluß des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages auf seiten der herrschenden Gesellschaft vorgebracht hat (vgl. BGHZ 105, 324 (333 ff.)), treffen auch gleichermaßen auf die einvernehmliche Vertragsaufhebung zu (anders, aber ohne weitere Begründung *Ulmer*, a. a. O., § 53 Rdnr. 157).

Erfolgt eine einvernehmliche Vertragsaufhebung, tritt auf der Seite des herrschenden Unternehmens neben die Pflicht analog § 302 AktG, die bis zur Beendigung des Unternehmensvertrages eingetretenen Verluste auszugleichen, die Pflicht zur Sicherheitenbestellung i. S. v. § 303 AktG. § 303 AktG normiert insoweit eine gesetzliche Folgehaftung zugunsten aller Altgläubiger, die von dem Risiko, welches aus der Entlassung aus dem vertraglichen Konzernverbund erwächst, befreit werden sollen (Begr. RegE AktG, in: *Kropff*, AktG, 1965, S. 392 f.; *Fleck*, WM 1986, 1205 (1213); *Koppensteiner*, in: *Köln*er Komm. z. AktG, 2. Aufl. 1987, § 303 Rdnr. 2 m. w. N.). In ihrem Umfang kann die Pflicht zur Sicherheitenbestellung erheblich über den Umfang der periodischen Ver-

lustausgleichspflicht hinausragen, soweit das entlassene abhängige Unternehmen zum Zeitpunkt der Vertragsaufhebung nicht mehr eigenständig lebensfähig ist. Hieraus kann eine eigenständige Bedrohung für die beherrschende GmbH erwachsen, die es erforderlich macht, daß auf deren Entstehen auch die Gesellschafter Einfluß nehmen können.

Daran kann auch der Gesichtspunkt nichts ändern, daß die Gesellschafter das Entstehen der Pflicht zur Sicherheitsleistung i. S. v. § 303 AktG schon zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses absehen konnten. Es kann nicht davon ausgegangen werden, daß sich die Zustimmung zum Vertragsabschluß auch auf diese Pflicht erstreckt, da der Entstehungszeitpunkt zum Zeitpunkt der Zustimmung zum Vertragsabschluß in keiner Weise konkretisiert ist.

In diesem Zusammenhang kann auch nicht auf das Weisungsrecht gem. §§ 37 Abs. 1, 45, 46 Nr. 6 GmbHG verwiesen werden (vgl. BGH NJW 1992, 1452 (1454) gegen *Gäbelein GmbH* 1989, 502 (503)), da der internen Gesellschafterweisung zur (Nicht-)Aufhebung im Gegensatz zu einem formellen Zustimmungsbeschuß kein Erfordernis der Wirksamkeit der Aufhebung des Unternehmensvertrages sein kann und da die Vertragsaufhebung auch bei fehlender Weisung grundsätzlich wirksam bleibt (vgl. entsprechendes BGHZ 105, 324 (334 f.) m. w. N.). Zudem erfordert die Zustimmung zur einvernehmlichen Vertragsaufhebung als quasi-statutarisches Rechtsgeschäft — im Unterschied zur Beschlußfassung in bezug auf die einfache Gesellschafterweisung — eine qualifizierte Mehrheit.

Ebensowenig kann entgegengesetzt werden, daß im GmbH-Recht eine dem § 119 Abs. 2 AktG entsprechende Regelung fehlt (ablehnend auch BGHZ 105, 324 (335), allerdings ohne konkrete Bezugnahme; einschränkender nunmehr BGH NJW 1992, 1452 (1454)). Insofern ist schon aus der Entstehungsgeschichte des GmbH-Gesetzes sowie der Stellung der Gesellschafterversammlung als oberstes Organ abzuleiten, daß für derartige ungewöhnliche Maßnahmen der Geschäftsführung eine Gesellschafterkompetenz zu begründen ist (ebenso vor allem *Kort*, Der Abschluß von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen im GmbH-Recht, 1986, S. 126 f.; *Zöllner* ZGR 1992, 176 (178) m. w. N. in Fn. 7 ff.; vgl. a. BGH BB 1991, 714).

Akzeptabel ist letztlich auch nicht diejenige Auffassung, welche hinsichtlich der Zustimmungserfordernisse auf Seiten der Obergesellschaft differenzieren will, ob eine Ausweitung der Konzernhaftung i. S. d. §§ 302, 303 AktG erfolgt (vgl. *Ulmer*, a. a. O.). Schon der Regierungsentwurf zum Aktiengesetz geht davon aus, daß die wirtschaftliche Bedrohung der aus der Konzernierung entlassenen Gesellschaft den Regelfall bildet (vgl. Begr.RegE AktG, in: *Kropff*, AktG, 1965, S. 393, 395; *Koppensteiner*, in: *Kölner Komm. z. AktG*, 2. Aufl. 1987, Vorb. § 300 Rdnr. 6). Vor diesem Hintergrund darf die Frage, ob dem Grunde nach eine Zustimmungspflicht auf Seiten der Obergesellschaft besteht, nicht mit unter Umständen komplexen Feststellungen, inwieweit die aus der Konzernierung zu entlassende GmbH wirtschaftlich lebensfähig ist, belastet werden.

Die vorstehenden Überlegungen werden nicht von der Frage beeinflusst, ob die Eintragung der Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages in das Handelsregister konstitutive oder nur deklaratorische Wirkung entfaltet (für ersteres insbesondere *Priester*, a. a. O., S. 185; *Wirth*, DB 1990, 2105 (2107)). Der Bundesgerichtshof hat schon im Rahmen der Konzernhaftung bei durchgeführten,

aber nichtigen Unternehmensverträgen den bloß deklaratorischen Charakter der in Frage stehenden Handelsregister-eintragung ausgesprochen (BGHZ 116, 37 (43 f.) [= DNotZ 1992, 721]). Auch den drohenden Widerspruch zu der Begründung, die Eintragungspflicht von GmbH-Unternehmensverträgen beruhe auf einer Analogie zu § 54 Abs. 1 GmbHG, hat der Bundesgerichtshof gesehen und ist dem mit einem Verweis auf § 298 AktG begegnet (BGHZ 116, 37 (44)). Ob diese Begründung einen eigenständigen Widerspruch beinhaltet, nachdem die analoge Anwendbarkeit der aktienrechtlichen Regelungen zur Vertragsbeendigung abgelehnt wurde, mag dahinstehen. Die Qualifikation des Vertragsabschlusses als satzungsgleiches Rechtsgeschäft schließt zumindest eine teleologische Reduktion des § 54 Abs. 3 GmbHG für den Bereich der einvernehmlichen Vertragsbeendigung nicht aus. Der Minderheitenschutz wird nicht berührt, und Gläubigerschutzaspekte stehen nicht entgegen, da die zum Beendigungszeitpunkt noch fehlende Eintragung im Rahmen des § 303 AktG Berücksichtigung findet. Gegenteilig hat sich der Bundesgerichtshof nur für diejenigen Vertragsaufhebungen geäußert, die vor Bekanntwerden der Entscheidung vom 24.10.1988 erfolgt sind (vgl. BGHZ 116, 37 (43 ff.)).

Die weitere Überlegung, unternehmensteuerliche Aspekte zur Ermittlung der Anmeldungs- und Eintragungserfordernisse heranzuziehen, scheidet an dem im BGHZ 105, 324 (339) bekräftigten zweckbedingten Unterschied zwischen dem Steuer- und Gesellschaftsrecht.

Vor diesem Hintergrund hat die Beschwerdeführerin neben der Vorlage des schriftlichen Aufhebungsvertrages eine Niederschrift über den zustimmenden Gesellschafterbeschuß auf Seiten der herrschenden Gesellschaft nachzuweisen. Diesem ist als Anlage der Aufhebungsvertrag beizufügen, soweit sich dieser nicht schon aus dem Beschlußprotokoll ergibt (entsprechend BGH NJW 1992, 1452). Gleichzeitig ist ein notariell beurkundeter Zustimmungsbeschuß auf Seiten der beherrschten GmbH nachzuweisen. Da die Beurkundungspflicht auch im Interesse des Rechtsverkehrs besteht (im einzelnen BGHZ 105, 324 (338)), ist diese nicht disponibel.

C.

Kostenrecht

25. KostO § 60 Abs. 4; BGB § 1416 (*Gebührenbefreiung bei Eintragung des Erben und seines in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten*)

1. Die Gebührenbefreiungsvorschrift des § 60 Abs. 4 KostO findet auf die gleichzeitige Eintragung des in Gütergemeinschaft lebenden Erben zusammen mit seinem Ehegatten als Eigentümer im Grundbuch entsprechende Anwendung (Aufgabe von BayObLG Rpfleger 1986, 157 [= MittBayNot 1986, 275]).
2. Der Gebührenfreiheit steht nicht entgegen, daß ein in Gütergemeinschaft lebender Miterbe und sein Ehegatte ohne Voreintragung einer Erbengemeinschaft erst auf Grund eines Erbauseinandersetzungsvertrages als Eigentümer im Grundbuch eingetragen werden (Fortführung von BayObLGZ 1979, 39).

BayObLG, Beschluß vom 25.2.1993 — 3 Z BR 164/92 = BayObLGZ 1993 Nr. 20 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG und Notar *Dr. Wolfgang Ring*, Landshut

Aus dem Tatbestand:

1. Die im Jahr 1991 verstorbene Erblasserin war im Grundbuch als Alleineigentümerin eingetragen. Sie wurde von den Beteiligten zu 1) und 3) je zur Hälfte beerbt. Da die Beteiligten zu 1) und 3) jeweils im Güterstand der Gütergemeinschaft leben, ist der Nachlaß in das jeweilige Gesamtgut übergegangen. Mit notariellem Erbauseinandersetzungsvertrag vom 9. 4. 1992 setzten sich die Beteiligten unter Aufhebung der Erbengemeinschaft dahin auseinander, daß das Grundstück Fl.Nr. 61/1 in Bruchteilsgemeinschaft von den Beteiligten zu 1) und 2) zu 62/100 Anteilen und von den Beteiligten zu 3) und 4) zu 38/100 Anteilen, das Grundstück Fl.Nr. 61/3 von den Beteiligten zu 1) und 2) allein und das Grundstück Fl.Nr. 533/1 von den Beteiligten zu 3) und 4) allein jeweils zum Gesamtgut übernommen wurden. Die Eigentumsumschreibung zugunsten der jeweiligen Eheleute wurde am 16. 7. 1992 vorgenommen. . . .

2. Mit Kostenrechnung vom 24. 6. 1992 stellte der Kostenbeamte des Grundbuchamts dem Beteiligten zu 1) (als Gesamtschuldner) u. a. für die Eigentumsumschreibungen und die Fortführung des Liegenschaftskatasters Gebühren in Höhe von 988 DM in Rechnung. Hiergegen legte der Beteiligte zu 1) für alle Beteiligten unter Hinweis auf die Regelungen des § 60 Abs. 2 und Abs. 4 KostO Erinnerungen ein. Auch der Vertreter der Staatskasse erhob Erinnerungen mit dem Antrag, 715 DM nachzuerheben. Unter Beachtung der Senatsentscheidung vom 18. 11. 1985 (Rpflerger 986, 157) seien für den Eigentumsübergang, der nicht i. S. des § 60 Abs. 4 KostO auf die Erben, sondern auf die Eheleute zum Gesamtgut der Gütergemeinschaft eingetreten sei, jeweils volle Gebühren aus den entsprechenden, in den Nachlaßakten zutreffend festgestellten Grundstückswerten anzusetzen.

Das Amtsgericht (Rechtspflegerin) wies mit Beschluß vom 25. 9. 1992 die Erinnerungen der Beteiligten zurück; den Erinnerungen des Vertreters der Staatskasse half es unter Zurückweisung im übrigen bezüglich eines Betrages von 89,40 DM ab. Wenn schon die Gebührenbefreiungsvorschrift des § 60 Abs. 4 KostO auf den vorliegenden Fall nicht zutrefte, so müsse doch zumindest gem. § 60 Abs. 2 KostO eine Ermäßigung gewährt werden, die gem. § 60 Abs. 3 KostO zu jeweils einer $\frac{3}{4}$ -Gebühr führe.

Gegen den amtsgerichtlichen Beschluß legte der Vertreter der Staatskasse erneut Erinnerungen ein, denen Richter und Rechtspflegerin nicht abhalfen.

Das Landgericht wies mit Beschluß die Beschwerde des Vertreters der Staatskasse zurück; die weitere Beschwerde ließ es zu. Auch wenn im Hinblick auf die Senatsrechtsprechung § 60 Abs. 4 KostO gar nicht und § 60 Abs. 2 KostO nicht hinsichtlich des jeweiligen Ehegatten Anwendung finde, beseitige das nicht die Anwendbarkeit des § 60 Abs. 2 KostO zugunsten der jeweiligen Erben, die Abkömmlinge der eingetragenen Eigentümerin und infolge der Erbauseinandersetzung eingetragen worden seien. Dies führe über § 60 Abs. 3 KostO zu jeweils einer $\frac{3}{4}$ -Gebühr.

Aus den Gründen:

Die zulässige weitere Beschwerde (§ 14 Abs. 3 Satz 2, Abs. 4 KostO) ist sachlich nicht begründet. Die landgerichtliche Entscheidung hält im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung stand.

1. Eine direkte Anwendung des § 60 Abs. 4 KostO auf die vorliegenden Grundbucheintragungen der in Gütergemeinschaft lebenden Erben kommt nicht in Betracht. Nach dem Wortlaut der Bestimmung werden die Gebühren nur bei Eintragung von Erben des eingetragenen Eigentümers nicht erhoben; der Fall der Gütergemeinschaft wird im Gegensatz zu § 60 Abs. 2 KostO nicht erwähnt.

2. Dennoch gebietet der der Gebührenfreiheit bei Eintragung von Erben zugrundeliegende Gesetzeszweck die entsprechende Anwendung des § 60 Abs. 4 KostO auf Grundbucheintragungen von in Gütergemeinschaft lebenden Erben. Die gegenteilige Auffassung in seiner Entscheidung vom 18. 11. 1985 (Rpflerger 1986, 157 [= MittBayNot 1986, 275]), der ein Teil der Literatur gefolgt ist (*Korintenberg/Lappe/Bengell/Reimann* — nachfolgend *Korintenberg* — KostO 12. Aufl. § 60 Rdnr. 43; *Göttlich/Mümmeler* KostO 11. Aufl. Stichwort Eigentümer S. 305; *Hartmann* Kostengesetze 24. Aufl. § 60 KostO Anm. 4 B b), gibt der Senat auf.

a) § 60 Abs. 4 KostO soll dem Erben im öffentlichen Interesse (vgl. *Rohs/Wedewer* KostO 3. Aufl. § 60 Rdnr. 1 und 1 a;

vgl. auch Art. 37 Abs. 3 BayAGGVG) einen Anreiz geben, das mit dem Erbfall unrichtig gewordene Grundbuch rasch zu berichtigen, wozu er ansonsten im Hinblick auf § 40 GBO aus Kostengründen nicht unbedingt Anlaß hätte (vgl. *BayObLGZ* 1973, 98/101 f. [= *MittBayNot* 1973, 231]; *OLG Hamm Rpfleger* 1978, 339/340; *Rohs/Wedewer* § 60 Rdnr. 14; *Hartmann* a. a. O. Anm. 4 A). Soll das Grundbuch aber möglichst rasch wieder den wahren Eigentümer ausweisen, so betrifft dies auch den mit dem Erben in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten, der gem. § 1416 BGB auch Eigentümer geworden ist und zusammen mit dem Erben eingetragen werden muß (vgl. *RGZ* 155, 344; *MünchKommKanzleiter* BGB 2. Aufl. § 1416 Rdnr. 26).

b) Das Gesetz schließt in § 60 Abs. 4 KostO schon nach seinem Wortlaut den in Gütergemeinschaft lebenden Erben auch keineswegs von der Gebührenfreiheit aus. Die in der Senatsentscheidung *Rpfleger* 1986, 157 vertretene Auffassung führt aber im Ergebnis zu einem solchen Ausschluß, weil die Grundbucheintragung dann über den Ehegatten des Erben wieder voll gebührenpflichtig würde. § 60 Abs. 4 KostO ist deshalb so zu verstehen, daß die durch den Erbfall ausgelöste — wenn auch hinsichtlich des Ehegatten gem. § 1416 BGB nicht unmittelbar auf ihm beruhende — Eigentumsänderung gebührenbefreit ist. Mit dem Charakter des § 60 Abs. 4 KostO als Ausnahmenvorschrift von Abs. 1 allein läßt sich eine Nichtanwendung der Vergünstigung auf die Ehegatten der in Gütergemeinschaft lebenden Erben nicht ausreichend begründen, weil auch einer einschränkenden Vorschrift ein — wenn auch engeres — Prinzip zugrunde liegen kann (vgl. *BGHZ* 26, 78/83; *BayObLGZ* 1982, 323/329).

c) Den schon bisher weitgehend anerkannten Fällen der Anwendung der Gebührenbefreiungsvorschrift des § 60 Abs. 4 KostO über dessen bloßen Wortlaut hinaus auf die Eintragung von Erbeserben, Nacherben sowie des überlebenden Ehegatten und der gemeinsamen Kinder in fortgesetzter Gütergemeinschaft (vgl. *Rohs/Wedewer* Rdnr. 15 a bis c, *Korintenberg* Rdnr. 53 bis 55, je zu § 60 und je m. w. N.) ist deshalb zwanglos auch der Fall der Eintragung der in Gütergemeinschaft lebenden Erben und ihrer Ehegatten anzufügen (so — wenn auch in direkter Anwendung des § 60 Abs. 4 KostO — *Rohs/Wedewer* § 60 Rdnr. 15 c). Damit wird aber auch der unzulässigen Praxis, erst nach der Alleineintragung des Erben den (Berichtigungs-) Antrag wegen des Gesamtguts zu stellen (um wenigstens in den Genuß der Gebührenbegünstigung des § 60 Abs. 2 KostO zu kommen, vgl. *Staudt* *MittBayNot* 1986, 234 f.), der Boden entzogen.

d) Der Gebührenfreiheit steht nicht entgegen, daß die in Gütergemeinschaft lebenden Miterben und ihre Ehegatten ohne Voreintragung der Erbengemeinschaft — samt Ehegatten — erst auf Grund eines Erbauseinandersetzungsvertrages als Eigentümer eingetragen werden. Der Senat hält insoweit an seiner Rechtsprechung in *BayObLGZ* 1979, 39 [= *MittBayNot* 1979, 86 = *DNotZ* 1979, 433] fest (vgl. auch *Korintenberg* § 60 Rdnr. 59 und 60 m. w. N.; a. A. *Rohs/Wedewer* § 60 Rdnr. 16 c mit Fn. 63).

3. Da der Eintragungsantrag der Beteiligten auch binnen der in § 60 Abs. 4 KostO enthaltenen Frist von zwei Jahren seit dem Erbfall bei dem Grundbuchamt eingereicht wurde, stünde den Beteiligten für die Eigentumsumschreibungen und die Fortführung des Liegenschaftskatasters in entsprechender Anwendung dieser Bestimmung Gebührenfreiheit zu. Auf die vom Landgericht aufgeworfene Frage der Anwendung des § 60 Abs. 2 KostO ist nicht mehr einzugehen.

26. KostO § 68 (Löschung einer Globalschuld auf letzter Einheit)

Wird eine Globalgrundschuld gelöscht, die bei Erstellung einer großen Wohnanlage bestellt worden war und nach vorgängigen Pfandfreigaben nur noch auf einem Grundstück oder Anteil an demselben lastet, dann hat der Ersteller der Anlage als Kostenschuldner für die Löschung eine halbe Gebühr aus dem Nennwert der Globalgrundschuld zu zahlen. Eine Begrenzung des Wertes auf den Wert des Grundstücks oder Anteils kommt für ihn nicht in Betracht (Fortführung von BayObLGZ 1992, 247 [= MittBayNot 1993, 44]).

BayObLG, Beschluß vom 20.7.1993 — 3 Z BR 91/93 = BayObLGZ 1993 Nr. 67 —, mitgeteilt von *Johann Demharter*, Richter am BayObLG

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligte zu 1) hat auf mehreren Grundstücken ... eine Wohnanlage (Reihenhäuser) errichtet. Die Grundstücke waren mit Globalgrundschulden in Höhe von 2 000 000 DM, 7 950 000 DM und 20 050 000 DM belastet. Nachdem alle anderen mithaftenden Rechte aus der Mithaft entlassen worden waren, wurden die Gesamtgrundschulden schließlich am Miteigentumsanteil zu 1/12 der Beteiligten zu 2) an dem genannten Grundstück auf deren Antrag gelöscht. Nach einer Benutzungsregelung berechtigt dieser Anteil nur zur Belegung eines bestimmten Tiefgaragenstellplatzes.

Die Kostenbeamtin beim Amtsgericht stellte mit Kostenrechnung für diese Löschungen Gebühren in Höhe von 1 555 DM, 6 025 DM und 10 871,50 DM, insgesamt also 18 451,50 DM, die nach dem Nennwert der Grundschulden berechnet waren, der Beteiligten zu 1) in Rechnung, weil die Beteiligte zu 1) im Kaufvertrag die Kosten der Lastenfreistellung übernommen habe.

Die Beteiligte zu 1) wandte sich gegen diese Kostenrechnung mit der Erinnerung und machte geltend, als Wert für die Löschungen dürfe nur der Grundstückswert angesetzt werden, weil er geringer sei als der Wert der Grundschulden; der Wert des Anteils der Beteiligten zu 2) betrage höchstens 7 350 DM. Nach Nichtabhilfe durch die Kostenbeamtin wies der Rechtspfleger beim Grundbuchamt die Erinnerung zurück. Hiergegen legte die Beteiligte zu 1) erneut Erinnerung ein, der der Rechtspfleger nicht abhalf.

Mit Beschluß hob der Amtsrichter den Beschluß des Rechtspflegers auf und setzte die Kosten unter Zugrundelegung eines Geschäftswerts von 15 000 DM, den er einem vergleichsweise herangezogenen Kaufvorgang entnahm, auf 22,50 DM fest. Zur Begründung stützte er sich auf die Entscheidung des Senats vom 23.7.1992 (BayObLGZ 1992, 247 [= MittBayNot 1993, 44]) und führte aus, das Gebot der Gleichbehandlung verbiete es, den Bauträger als Kostenschuldner anders zu behandeln als den Eigentümer.

Auf die Beschwerde der Staatskasse, der der Amtsrichter nicht abhalf, hob das Landgericht den amtsgerichtlichen Beschluß auf, stellte die Kostenrechnung des Amtsgerichts (Kostenbeamtin) wieder her und ließ die weitere Beschwerde zu. Es schloß sich der Ansicht der Staatskasse an, die Senatsentscheidung vom 23.7.1992 sei schon deshalb nicht anwendbar, weil es sich im vorliegenden Fall nicht um Wohnungs- oder Teileigentum handle. Für die Löschung einer Gesamtbelastung auf dem letzten noch haftenden Grundstück oder Recht sei eine halbe Gebühr aus dem Nennwert zu erheben, nicht nur eine Viertelgebühr aus dem niedrigeren Grundstückswert. Der Senat habe in der Entscheidung vom 23.7.1992 ausdrücklich offengelassen, ob diese auch gelte, wenn der Bauträger als Kostenschuldner in Anspruch genommen werde; dieser sei, anders als der letzte mithaftende Miteigentümer, Herr über das Gesamtobjekt und könne von Anfang an absehen, welche Löschungskosten auf ihn zukämen.

Hiergegen wendet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1).

Aus den Gründen:

Die zulässige weitere Beschwerde (§ 14 Abs. 3 Satz 2 KostO) ist sachlich nicht begründet. Das Landgericht hat die Kostenrechnung der Kostenbeamtin zu Recht wiederhergestellt. ...

2. Der Senat sieht keinen Anlaß, von den in BayObLGZ 1992, 247 [= MittBayNot 1993, 44] dargelegten Grundsätzen abzugehen, wonach der Erwerber des letzten noch mit einer Globalgrundschuld belasteten Rechts für die Löschung dieser Grundschuld keine höhere Gebühr als für die Entlassung aus der Mithaft schuldet. Die vom Vertreter der Staatskasse in Bezug genommene Kritik hiergegen, die Löschung erst nach dem Eigentumserwerb sei wider die wirtschaftliche Vernunft und gebe deshalb keinen Anlaß für eine verfassungskonforme Auslegung des § 68 KostO, geht fehl. Nach der Kostenordnung ist ein Geschäft ohne Rücksicht darauf zu bewerten, ob es wirtschaftlich vernünftig ist oder nicht. Insbesondere ist es nicht zulässig, für Geschäfte, die als wirtschaftlich unvernünftig angesehen werden, eine höhere Gebühr anzusetzen als für „vernünftige“ Geschäfte. Zudem haben die Erwerber von Teilen einer großen Wohnanlage häufig keinen Einfluß darauf, daß die Globalbelastungen noch vor dem Erwerb gelöscht werden; als Ausgleich hierfür pflegen die Bauträger die Kosten für die Lastenfreistellung ausdrücklich zu übernehmen (vgl. auch § 435 BGB). Die auch hier anzutreffende Fallgestaltung ist auch keineswegs auf Ausnahmen beschränkt, sondern kommt in der Praxis häufig vor (vgl. *Hintzen* Rpfleger 1992, 541).

Gerade der vorliegende Fall zeigt, daß es unvertretbar wäre, den letzten noch für die Globalbelastung haftenden Erwerber mit der nach § 68 KostO berechneten Löschungsgebühr zu belasten. Diese ist mit über 18 000 DM erheblich höher als der vom Amtsgericht auf 15 000 DM geschätzte Wert des Anteils der Beteiligten zu 2).

Soweit der Vertreter der Staatskasse ferner darauf hinweist, daß durch besondere Antragsgestaltung versucht werde, nur den Erwerber als Kostenschuldner hervortreten zu lassen, handelt es sich in der Regel wohl um Versuche, den § 68 KostO zu umgehen, denen auf andere Weise als durch Unterlassung der gebotenen verfassungskonformen Auslegung des § 68 KostO begegnet werden muß. Immerhin ist in diesem Zusammenhang zu bedenken, daß eine außerhalb der Beurkundung des Kaufvertrags gegebene Zusicherung der Kostenübernahme für die Lastenfreistellung durch den Bauträger zur Unwirksamkeit des Kaufvertrags führen kann (vgl. *Palandt/Heinrichs* BGB 52. Aufl. § 313 Rdnr. 36), die Aufnahme der Zusicherung in den Kaufvertrag aber regelmäßig bewirkt, daß der Veräußerer Kostenschuldner nach § 3 Nr. 2 KostO wird.

3. Die in BayObLGZ 1992, 247 niedergelegten Grundsätze sind hier nicht etwa deshalb unanwendbar, weil sie anhand eines Falles entwickelt wurden, in dem es um Wohnungseigentum ging, während die Beteiligte zu 2) nicht Wohnungseigentümerin, sondern Miteigentümerin ist. Selbstverständlich gelten diese Grundsätze für jeden Erwerber eines im Verhältnis zur gesamten Anlage kleinen Anteils an derselben, ganz gleich, in welcher Rechtsform er diesen Anteil erwirbt.

4. Der Senat hat aber schon in seiner Entscheidung vom 23.7.1992 darauf hingewiesen, daß die für den Erwerber geltenden Grundsätze nicht ohne weiteres auch auf den Ersteller der Anlage oder den Gläubiger der Globalgrundschuld anzuwenden sind, und hat diesen Vorbehalt auch in seinen Leitsatz aufgenommen (BayObLGZ 1992, 247/251). Das Landgericht hat diesen Hinweis zu Recht aufgenommen und für die Löschungen die im Regelfall zu berechnende Löschungsgebühr, nicht nur die Gebühr für die Entlassung aus der Mithaft, angesetzt.

a) Der Grundsatz der Gleichbehandlung gebietet hier keineswegs, dem Ersteller der Anlage dieselbe Vergünstigung einzuräumen wie dem Erwerber eines Anteils (a. A. *Hintzen* a. a. O.); denn bei solchen Kostenschuldnern liegen unterschiedliche, nicht vergleichbare Verhältnisse vor.

(1) Der Erwerber eines Anteils hat immer nur ein auf den Wert dieses Anteils begrenztes Interesse, während das Interesse des Erstellers der Anlage auf deren gesamten Wert gerichtet ist. Nur beim Erwerber eines Anteils ist es deshalb gerechtfertigt, auch bei einer Löschung der Belastung auf den Wert des Grundstücksanteils abzustellen, wenn dieser geringer ist als der Nennbetrag des Grundpfandrechts.

(2) Der Ersteller der Anlage bestellt die Globalgrundschuld und hat bereits bei der Planung des Projekts die Möglichkeit, auch die vollen Kosten der Löschung in seine Kalkulation einzubeziehen und sie auf die Kaufpreise für die einzelnen Anteile angemessen zu verteilen. Der Erwerber eines Anteils kann in der Regel nicht wissen, ob später gerade sein Anteil von der letzten Löschung betroffen sein wird; er könnte dadurch bedingte wesentlich höhere Kosten für den Erwerb seines Anteils deshalb bei seinem Kaufentschluß nicht berücksichtigen.

(3) Nur für den Erwerber eines Anteils wäre die aus dem Nennwert der Globalgrundschulden berechnete Lösungsgebühr unverhältnismäßig hoch und nur für ihn könnte deshalb der Zugang zu den Gerichten unzumutbar erschwert sein. Für den Ersteller der Anlage gilt dies nicht. Er macht sich den vollen Wert der staatlichen Leistung zunutze; er kann deshalb auch in voller Höhe für die gesetzlich vorgesehene Gegenleistung in Anspruch genommen werden.

b) Allerdings hat die Einräumung der Vergünstigung nur für die Erwerber von Anteilen zur Folge, daß für ein und dasselbe Geschäft ein unterschiedlicher Geschäftswert anzusetzen ist, je nachdem ob als Kostenschuldner der Ersteller der Anlage oder der Erwerber von Anteilen in Anspruch genommen wird; auch im vorliegenden Fall kommen beide als Kostenschuldner (nach § 3 Nr. 2 bzw. § 2 Nr. 1 KostO) in Betracht. Einen derart gespaltenen Geschäftswert (oder Streitwert) sieht das Gesetz nur ausnahmsweise vor (vgl. § 247 Abs. 2 AktG sowie BayObLGZ 1991, 84/86 und 88). Trotzdem muß im vorliegenden Zusammenhang ein gespaltenen Geschäftswert schon deshalb hingenommen werden, weil er bei der Mithaftentlassung aus Globalgrundschulden ohnehin schon vorkommt, auch ohne daß dabei die Vergünstigung bei der letzten Löschung in Frage steht: Sollen z. B. drei Eigentümer aus der Mithaft für eine Globalgrundschuld von 20 000 000 DM entlassen werden, deren Grundstücke (oder Anteile) je 500 000 DM wert sind, so hat der Ersteller der Anlage eine Viertelgebühr (vgl. *Rohs/Wedewer* KostO 3. Aufl. § 68 Rdnr. 7) aus 1 500 000 DM (§ 68 Satz 1 Halbsatz 2 i. V. m. § 63 Abs. 4 KostO; vgl. *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* KostO 12. Aufl. § 68 Rdnr. 10) zu zahlen, während die Anteilseigner, die ebenfalls den Antrag gestellt haben, je eine Viertelgebühr aus 500 000 DM entrichten müssen. Bei zahlreichen Entlassungen aus der Mithaft kann übrigens die Summe der hierfür anfallenden Viertelgebühren höher sein als die halbe Gebühr aus dem Nennwert der Globalbelastung für die Löschung, worauf der Senat schon in BayObLGZ 1992, 247/251 hingewiesen hat.

c) Die Ausdehnung der Vergünstigung auf den Ersteller der Anlage könnte dazu anreizen, ungerechtfertigte Gebührenvorteile dadurch anzustreben, daß die Grundbuchämter mit zusätzlicher Arbeit überzogen werden, wie folgendes Beispiel zeigt: Grundstücke im Wert von 30 000 000 DM, die

zusammen eine Wohnanlage bilden, sind mit einer Globalgrundschuld von 25 000 000 DM belastet, die löschungsreif ist. Für die Löschung würde nach § 68 KostO eine halbe Gebühr aus 25 000 000 DM, also ein Betrag von 12 505 DM geschuldet. Würden dagegen zunächst Grundstücke im Wert von 29 800 000 DM aus der Haftung entlassen (1/4 Gebühr aus 25 000 000 DM, also 6 252,50 DM) und unter Inanspruchnahme der einem Erwerber zustehenden Vergünstigung die Löschung bei dem restlichen Grundstück im Wert von 200 000 DM durchgeführt (1/4 Gebühr aus 200 000 DM, also 102,50 DM), so entstünden nur Kosten in Höhe von 6 355 DM. Bei einer doppelten Inanspruchnahme der Tätigkeit des Grundbuchamts könnte also eine Verminderung der Kosten für die Lastenfreistellung um fast die Hälfte erreicht werden.

d) Schließlich kann die weitere Beschwerde auch nicht mit der Ablehnung des Zufallsprinzips und dem darauf gestützten Gedanken durchdringen, es könne keinen Unterschied machen, ob zufällig der Bauträger oder ein Erwerber den letzten noch belasteten Anteil innehat. Der Senat hat in BayObLGZ 1992, 247/250 lediglich darauf hingewiesen, es verstoße gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Wohnungseigentümer (allgemeiner: der Erwerber von Anteilen) als Gebührenschnuldner, allein denjenigen von ihnen, der zufällig als Letzter die Löschung veranlaßt, mit der vollen Lösungsgebühr zu belasten. Daß der Ersteller der Anlage anders behandelt werden kann und muß als der Erwerber eines verhältnismäßig geringen Anteils, wurde schon oben (4 a) dargelegt. Im übrigen wird es regelmäßig nicht vom Zufall abhängen, ob der letzte noch haftende Anteil sich in der Hand des Erstellers der Anlage befindet; dieser kann — anders als die Erwerber — darauf Einfluß nehmen, in welchem Anteil die Globalbelastung zuletzt gelöscht wird. Käme die nur für die Erwerber von Anteilen gebotene Vergünstigung auch dem Ersteller der Anlage zugute, so könnte dieser die Reihenfolge der Haftentlassungen wohl immer so steuern, daß der letzte noch haftende Anteil zum Zeitpunkt der Löschung ihm gehört.

Hinweis

Mit dieser Entscheidung hat das BayObLG die von der Prüfungsabteilung der Notarkasse vertretene Auffassung bestätigt (vgl. Anmerkung MittBayNot 1993, 45).

Prüfungsabteilung der Notarkasse, A.d.ö.R., München

27. KostO §§ 24, 27, 30, 39, 40, 47 (*Geschäftswert eines Zustimmungsbeschlusses der beherrschten Gesellschaft zur Gewinnabführungsvereinbarung*)

1. Der Geschäftswert eines Zustimmungsbeschlusses der Gesellschafterversammlung der beherrschten Gesellschaft zu einem Beherrschungsvertrag mit Ergebnisabführungsvereinbarung richtet sich nach § 27 KostO, der für Organbeschlüsse eine Ausnahmeregelung gegenüber § 30 Abs. 1 und 2 KostO enthält.
2. Für einen Zustimmungsbeschluß zu einem solchen Unternehmensvertrag läßt sich i. d. R. weder für die Zukunft noch für die Vergangenheit ein bestimmter Geldbetrag i. S. d. § 27 Abs. 1 KostO ermitteln, da eine Schätzung gem. § 30 Abs. 1 und 2 KostO unzulässig ist — (teilweise anderer Ansicht: BayObLGZ 1990, 133 ff.).

OLG Hamm, Beschluß vom 21. 4. 1993 — 15 W 176/92 —, mitgeteilt von Dr. Karldieter Schmidt, Vorsitzender Richter am OLG Hamm

Aus dem Tatbestand:

Die Beteiligte zu 2) und die Beteiligte zu 3) sind alleinige Gesellschafter der Verwaltung-OHG und der Beteiligten zu 4). Durch privatschriftlichen Vertrag vom 31. 12. 1982 verpflichtete sich die Beteiligte zu 4), den Geschäftsbetrieb ausschließlich nach den Weisungen und für Rechnung der Verwaltungs-OHG zu führen und den sich aus der Handelsbilanz ergebenden Gewinn an diese abzuführen, während letztere sich zur Übernahme etwaiger Verluste der ersteren verpflichtete. Dieser Vertrag stellte sich als Neufassung eines am 12. 11. 1975 zwischen der Vereinigung der Gesellschafter der GbR als Organträger und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, als Organ abgeschlossenen Beherrschungsvertrag mit Ergebnisabführungsvereinbarung dar, die deswegen vorgenommen wurde, weil sowohl beim Organträger als auch beim Organ Firmenänderungen eingetreten waren und das Organ seinen Sitz verlegt hatte. In § 4 des neugefaßten Vertrages war bestimmt, daß der Vertrag vom 12. 11. 1975 erstmals für das Geschäftsjahr 1975 gelten, für die Dauer von 5 Jahren geschlossen werden und sich danach auf unbestimmte Zeit verlängern sollte, wenn er nicht vorher gekündigt wurde.

Der zu 1) beteiligte Notar beurkundete am 16. 08. 1989 einen Gesellschafterbeschluß der Beteiligten zu 2) und der Beteiligten zu 3) in ihrer Eigenschaft als alleinige Gesellschafter der Beteiligten zu 4), wonach diese dem Beherrschungsvertrag mit Ergebnisabführungsvereinbarung vom 31. 12. 1982 zustimmten. Hierfür erteilte der Beteiligte zu 1) eine Kostenberechnung über insgesamt 3.739,20 DM, bei der er von einem aus dem Betriebsvermögen der Beteiligten zu 4) von 835.799.000,00 DM (Betriebseinheitswert) abgeleiteten, nach dem halben Stufenwert berechneten Geschäftswert dieser Zustimmung gem. §§ 27, 26 Abs. 4 und Abs. 5 KostO von 1.000.000,00 DM (§ 27 Abs. 3 KostO) ausging.

Der Präsident des Landgerichts hat die Kostenberechnung des Notars wegen des angenommenen Geschäftswertes beanstandet. Er ist der Meinung, der Geschäftswert für den Zustimmungsbeschluß sei in gleicher Weise zu ermitteln wie der Geschäftswert des Unternehmensvertrages (Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrag). Dieser ergebe sich aus den §§ 24, 30 KostO. Grundlage für die Wertermittlung sei der voraussichtlich abzuführende Jahresgewinn bzw. der ausgleichende Jahresfehlbetrag. Die Wertbestimmung habe unter Heranziehung des durchschnittlichen Gewinnes oder Verlustes in den letzten fünf Jahren zu erfolgen. Der sich danach ergebende Jahresbetrag sei nach § 24 KostO zu vervielfältigen. Auf Anweisung des Präsidenten des Landgerichts hat der Notar Beschwerde erhoben, um wegen des Geschäftswertes die Entscheidung des Landgerichts über seine Kostenberechnung herbeizuführen (§ 156 Abs. 5 KostO).

Das Landgericht hat den Präsidenten des Landgerichts als vorgesetzte Dienstbehörde des Notars und die Beteiligten gehört. Es hat sodann durch Beschluß vom 12. 05. 1992 die Kostenberechnung des Notars abgeändert und unter Zugrundelegung eines gem. §§ 39, 40, 30 Abs. 1 KostO bestimmten Geschäftswertes von 2.596.099.779,12 DM unter Beachtung des § 47 S. 2 KostO die Kosten für die Beurkundung des Zustimmungsbeschlusses mit insgesamt 11.468,40 DM berechnet.

Gegen diesen Beschluß wendet sich die Beteiligte zu 4) mit ihrer vom Landgericht zugelassenen weiteren Beschwerde vom 17. 06. 1992.

Aus den Gründen:

Das nach § 156 Abs. 2 KostO statthafte, in der rechten Form und Frist eingelegte Rechtsmittel ist begründet.

Im Verfahren der Anweisungsbeschwerde nach § 156 Abs. 5 KostO unterliegen nur die in der Anweisung beanstandeten Punkte der Kostenberechnung des Notars der Nachprüfung durch das Gericht. (...) Zutreffend hat sich deshalb das Landgericht auf die Prüfung der Frage beschränkt, welche Vorschriften der Kostenordnung für die Bestimmung des Geschäftswertes des Zustimmungsbeschlusses der Beteiligten zu 4) zu dem Beherrschungsvertrag mit Ergebnisabführungsvereinbarung einschlägig sind und wie dieser Wert zu berechnen ist.

In der Sache beruht die Entscheidung des Landgerichts auf einem Rechtsfehler.

Nach der Rechtsprechung des Senats (DNotZ 1983, 564 f. [= MittBayNot 1982, 263] bestimmt sich der Geschäftswert

einer Zustimmungserklärung gem. §§ 39, 40 KostO nach dem Wert des Rechtsverhältnisses, dem zugestimmt wird. Auf die subsidiäre Generalklausel des § 30 KostO kann bei der Wertbestimmung grundsätzlich nicht zurückgegriffen werden.

Diese Ansicht wird im Ausgangspunkt auch für den Geschäftswert des Zustimmungsbeschlusses einer Gesellschafterversammlung der beherrschten GmbH zu einem Beherrschungsvertrag mit Ergebnisabführungsvereinbarung vertreten (BayObLG DNotZ 1991, 400 = BayObLGZ 1990, 133 ff.; *Rohs/Wedewer*, KostO, 2. Aufl., Stand März 1992, § 27 Rdnr. 22 a; *Reimann in Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 11. Aufl., § 27 Rdnr. 25; *Göttlich/Mümmeler*, KostO, 10. Aufl., Stichwort „Unternehmensvertrag“ Ziff. 2; *H. Schmidt*, BB 1989 S. 1290 f.; *Janke*, MittRhNotK 1989, 77 f.; *Reuter* BB 1989, 714 f). Davon geht auch das Landgericht im angefochtenen Beschluß zutreffend aus.

Fraglich ist jedoch, nach welchen Vorschriften der Geschäftswert eines Beherrschungsvertrages mit Ergebnisabführungsvereinbarung zu bestimmen ist. Im Schrifttum (*Reimann* a. a. O., *Mümmeler*, a. a. O., *H. Schmidt* a. a. O., *Lappe*, KostRsp., Anm. zu BayObLG, § 27 KostO Nr. 14 und NJW 1989, 3254 (3258 f.) und *Heckschen*, DB 1989, 29 [31]) wird teilweise die Auffassung vertreten, daß dieser in der Regel nach § 30 Abs. 1 KostO, gegebenenfalls i. V. m. § 24 KostO zu bestimmen sei, weil der in § 27 Abs. 1 S. 1 KostO als negatives Tatbestandsmerkmal genannte „bestimmte“ Geldwert als nach der KostO „bestimmbarer“ Geldwert zu verstehen sei und deshalb in der Regel auch nach § 30 Abs. 1 KostO geschätzt werden könne.

Diese auch vom Landgericht geteilte Ansicht verkennt jedoch folgendes: Der Beherrschungsvertrag mit Ergebnisabführungsvereinbarung ist ein gesellschaftsrechtlicher Organisationsvertrag, der satzungsgleich den rechtlichen Status der Gesellschaft abändert, weil u. a. die Weisungskompetenz der Gesellschafterversammlung der beherrschten Gesellschaft auf die herrschende Gesellschaft übertragen und insbesondere in das gesetzliche oder gesellschaftsvertragliche Gewinnbezugsrecht der Gesellschafter eingegriffen wird (vgl. BayObLG a. a. O. S. 404 unter Hinweis auf BGHZ 105, 324 ff. [331] [= MittBayNot 1989, 33 = DNotZ 1989, 102]). Die zugunsten der herrschenden Gesellschaft vereinbarte Gewinnübernahme und deren gesellschaftsrechtliche Gegenleistung, nämlich die Verlustübernahme im Rahmen des § 302 AktG, betreffen somit vermögensrechtliche Angelegenheiten. Die entsprechenden, zum wirksamen Vertragsschluß erforderlichen Beschlüsse haben daher wie der gesellschaftsrechtliche Organisationsvertrag selbst vermögensrechtliche Angelegenheiten zum Gegenstand. Für die Bestimmung des Geschäftswertes in solchen Angelegenheiten gilt zwar nach § 30 Abs. 1 und 2 KostO die allgemeine Regel, daß der Wert nach freiem Ermessen zu bestimmen und in Ermangelung genügender tatsächlicher Anhaltspunkte für eine Schätzung regelmäßig auf 5.000,00 DM anzunehmen ist. Nach der Rechtsprechung des Senats (JurBüro 1975, 639 [641]) enthält § 27 KostO aber für Organbeschlüsse von Aktiengesellschaften und anderen Vereinigungen (vgl. dazu *Reimann in Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, a. a. O., § 27 Rdnr. 5) eine Ausnahme von dieser Regel und schließt sie für seinen Anwendungsbereich aus (ebenso OLG Zweibrücken DNotZ 1972, 119; *Rohs/Wedewer*, a. a. O., § 27 KostO Rdnr. 13; *Hartmann*, KostG 24. Aufl., § 30 KostO Anm. 1; *Reuter* a. a. O., S. 715). In § 27 KostO wird für Organbeschlüsse zwischen Beschlüs-

sen mit bestimmtem und unbestimmtem Geldwert unterschieden. Bei Beschlüssen mit bestimmtem Geldwert ist dieser für den Geschäftswert der Beurkundung maßgebend, während für Beschlüsse, deren Gegenstandswert keinen bestimmten Geldwert hat, die Bewertung nach dem letzten Einheitswert des Betriebsvermögens vorzunehmen ist. In diesem Fall ist als Geschäftswert also die Hälfte des in § 26 Abs. 3 KostO bezeichneten Stufenwertes zugrunde zulegen. Der halbe Stufenwert ist daher auch dann der Geschäftswert, wenn zwar Anhaltspunkte für die Höhe des Geldwertes vorhanden sind, dieser aber nicht ziffernmäßig feststeht, sondern geschätzt werden müßte; eine Schätzung des Wertes ist — im Gegensatz zu § 30 Abs. 1 und 2 KostO — hier nicht zulässig (vgl. OLG Zweibrücken a. a. O.; *Rohs/Wedewer*, a. a. O., § 27 Rdnr. 13; *Reuter* a. a. O., S. 715).

Deshalb ist festzustellen, ob der zum wirksamen Abschluß des Beherrschungsvertrages mit Ergebnisabführungsvereinbarung erforderliche Beschluß der beherrschten GmbH den Vertrag als solchen mit bestimmtem oder unbestimmtem Geldwert ausweist. Für diese Feststellung ist nicht das Ergebnis des Vertrages bzw. die zu seiner Wirksamkeit erforderliche Beschlußfassung, sondern der Gegenstand der Gesamtwillensbildung maßgebend, nicht das Abstimmungsergebnis, sondern der Abstimmungszweck, denn nach § 27 Abs. 1 S. 1 KostO kommt es darauf an, ob der Gegenstand der Beschlußfassung (nicht der gefaßte Beschluß) bestimmten oder unbestimmten Geldwert hat (vgl. Senat JurBüro 1975, 639 (641) m. w. N.).

Stichtag für die kostenrechtliche Bewertung ist der Tag der Beurkundung, hier der 16.08.1989, da an diesem Tag gem. § 18 Abs. 1 KostO die Notargebühren fällig geworden sind (vgl. BayObIG in DNotZ 1991, 401 [405]). Für diesen Stichtag ergibt sich vorliegend weder nach den Bewertungsvorschriften der Kostenordnung noch sonst ein bestimmter Geldbetrag i. S. d. § 27 Abs. 1 KostO, auch wenn berücksichtigt wird, daß mit der Beurkundung vom 16.08.1989 der Beherrschungsvertrag mit Ergebnisabführungsvereinbarung vom 31.12.1982 rückwirkend wirksam wurde.

Es ist bereits zweifelhaft, ob vorliegend der Wert des Organbeschlusses allein durch die Gewinnabführungsvereinbarung bestimmt wird. Zwar wird in der Literatur die Ansicht vertreten (vgl. *Reimann* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann* a. a. O., § 27 Rdnr. 25 im Anschluß an *H. Schmidt*, a. a. O., S. 1292 und *Jahnke*, a. a. O., S. 80), daß durch die seit der Zustimmung zur Ergebnisabführung gleichzeitig erklärte Zustimmung zum Beherrschungsvertrag eine Werterhöhung nicht erfolge, da der Beherrschungsvertrag insoweit nur Sicherungsfunktion für die Ergebnisabführung habe, also beide Vereinbarungen gegenstandsgleich i. S. d. § 44 KostO seien, so daß Grundlage der Wertermittlung allein die Jahresgewinn- bzw. Jahresverlustbeträge seien. Dem ist jedoch entgegenzuhalten (vgl. *Rohs/Wedewer* a. a. O., § 27 Rdnr. 22 b), daß ebenso gut der Beherrschungsvertrag als „wesentlicher“ Vertrag angesehen werden kann (es gibt ihn auch ohne Ergebnisabführungspflicht), denn aus der Beherrschung folgt erst die Gewinnabführungsverpflichtung.

Da nach der Rechtsprechung des BGH (NJW 1988, 1326) der Beherrschungsvertrag ein gesellschaftsrechtlicher Organisationsvertrag ist, der satzungsgleich in den rechtlichen Status der Gesellschaft eingreift, indem er — unbeschadet der weitergehenden Ergebnisabführungspflicht — den Gesellschaftszweck am Konzerninteresse ausrichtet, spricht deshalb vieles dafür, hier den Grundsatz anzu-

wenden, daß Satzungsänderungen im allgemeinen keinen bestimmten Geldwert haben, selbst wenn in ihnen Geldbeträge genannt sind oder sich aus ihnen errechnen lassen (vgl. OLG Zweibrücken a. a. O., *Reuter*, a. a. O., S. 715).

Selbst wenn aber entsprechend den vorgenannten Stimmen in der Literatur für die kostenrechtliche Bewertung auf die Gewinnabführungsvereinbarung abzustellen wäre, läßt sich für diese ein bestimmter Geldbetrag im Sinne des § 27 Abs. 1 KostO nicht ermitteln.

Für die Zukunft kann nach allgemeiner Ansicht (vgl. *H. Schmidt*, a. a. O.; *Jahnke* a. a. O.; *Lappe*, a. a. O.; *Heckschen*, a. a. O.; *Reimann*, a. a. O.; ebenso BayObIG DNotZ 1991, 401) eine Wertbestimmung unter Heranziehung des durchschnittlichen Gewinnes oder Verlustes des beherrschten Unternehmens in den letzten fünf Jahren nur im Wege der Wertschätzung gem. § 30 Abs. 1 KostO gegebenenfalls i. V. m. § 24 KostO vorgenommen werden. Das aber ist, wie ausgeführt, wegen der Subsidiarität dieser Vorschrift gegenüber § 27 KostO abzulehnen (so im Ergebnis auch BayObIG a. a. O.).

Aber auch aus dem bis zum Beurkundungstag abgeführten Gewinn läßt sich entgegen der Ansicht des Bayerischen Obersten Landesgerichts (a. a. O.) ein bestimmter Geldwert des beurkundeten Beschlusses nicht entnehmen. Zum einen spricht vieles dafür, die vom Zustimmungsbeschluß in der Vergangenheit erfaßten Gewinne als „Rückstände“ im Sinne des Bewertungsrechtes anzusehen (vgl. *Lappe*, *KostRsp.*, a. a. O.), die ihrerseits nicht als Mindestbetrag an die Stelle des unbekanntes Zukunftswertes gesetzt werden dürfen, da dies im Ergebnis wiederum auf eine nach § 27 KostO nicht gestattete Schätzung des Geschäftswertes hinauslaufen würde. Zum anderen wird nach Ansicht des Senats eine solche an der Vergangenheit orientierte Betrachtung dem Inhalt der Beschlußfassung auch nicht gerecht und führt darüber hinaus zu kostenrechtlich nicht vertretbaren Zufälligkeiten in der Geschäftswertermittlung.

Der Gegenstand der Willensbildung bei einem Zustimmungsbeschluß zu einer Gewinnabführungsvereinbarung ist in die Zukunft gerichtet. Die mangels notarieller Beurkundung des Zustimmungsbeschlusses der Gesellschafterversammlung der beherrschten Gesellschaft vorliegende Unwirksamkeit des Unternehmensvertrages ist, solange er von den Beteiligten durchgeführt und nicht wegen des fehlerhaften Abschlusses oder aus sonstigen Gründen beendet wurde, nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft im aufgezeigten Rahmen gleichwohl als wirksam zu behandeln (vgl. BGH NJW 1988, 1326), so daß die beurkundete Willensbildung in der Regel ausschließlich Zukunftsfolgen haben soll. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint es als willkürlich, die Art und Weise der Geschäftswertermittlung davon abhängig zu machen, ob in der Vergangenheit bereits und ggf. für welche Dauer Gewinne abgeführt worden sind.

Auch die vom Bayerischen Obersten Landesgericht (a. a. O.) aus der Wertbeschränkung des § 24 Abs. 1 b KostO hergeleitete zeitliche Schranke zur Ermittlung eines bestimmten Geldwertes (Abführung von mindestens 13 Jahresgewinnen) vermag aus den vorgenannten Gründen und auch deshalb nicht zu überzeugen, weil darüber hinaus gegen die Anwendung des § 24 Abs. 1 b KostO mehrfache Bedenken bestehen. § 24 KostO gilt für die Bewertung von wiederkehrenden oder dauernden Nutzungen und Leistungen, für die charakteristisch ist, daß sie in gleicher oder annähernd

gleichen Zeitabschnitten in gleicher oder zumindest annähernd gleicher Höhe anfallen, so daß sich zumindest ein durchschnittlicher Jahreswert feststellen läßt (BGH LM § 24 KostO Nr. 3; *Reimann* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, a. a. O., § 24 Rdnr. 8). Bei der Gewinnabführungsvereinbarung liegen jedoch gar keine regelmäßig wiederkehrenden Leistungen im Sinne des § 24 KostO vor, da der abzuführende wirtschaftliche Ertrag von zahlreichen unvorhersehbaren und dem Einfluß der Vertragsschließenden weitgehend entzogenen Umständen abhängt, wie das in vergleichbarem Umfang weder bei von der Rechtsprechung und Lehre anerkannten wiederkehrenden Nutzungen oder Leistungen wie Renten und rentenähnlichen Rechten im Sinne des § 24 KostO der Fall ist. Aber selbst wenn § 24 KostO eine Gewinnabführungsvereinbarung erfassen würde, wäre die Vorschrift nicht anwendbar. § 27 KostO nimmt seinem Wortlaut nach nur § 26 KostO in Bezug und verweist nicht auf die anderen Vorschriften der §§ 18 ff. KostO. Demgemäß spricht vieles dafür, die Anwendung von § 24 KostO auf die Ermittlung eines bestimmten Geldwertes im Sinne des § 27 KostO abzulehnen (vgl. *Reuter*, a. a. O., S. 715). Letztlich entscheidend ist jedoch, daß eine Anwendung des § 24 Abs. 1 b KostO nur über § 30 Abs. 1 KostO erfolgen kann und diese Vorschrift, wie ausgeführt, vorliegend durch § 27 KostO verdrängt wird.

Aus alledem folgt, daß der Beteiligte zu 1) seiner Kostenberechnung für die Beurkundung des Zustimmungsbeschlusses vom 16. 8. 1989 zu Recht gem. §§ 27, 26 KostO den aus dem Betriebseinheitswert abgeleiteten halben Stufenwert für die Berechnung des Geschäftswertes zugrunde gelegt hat.

28. KostO §§ 20, 30, 156 (*Bewertung eines Kaufvertrages mit der Treuhand*)

Zur Bewertung eines Kaufvertrages mit der Treuhand
(*Leitsatz der Schriftleitung*)

LG München II, Beschluß vom 3.5.1993 — 8 T 1520/92 —, mitgeteilt von Notar *Dr. Heribert Eichhorn*, Tegernsee

Aus dem Tatbestand:

Mit notariellem Vertrag vom 9. 11. 1991 verkaufte die Treuhandanstalt Berlin, alleinige Gesellschafterin der Chemischen und Pharmazeutischen F. GmbH, Sitz M., den in der Urkunde bezeichneten Grundbesitz und weitere Rechte der Verkäuferin u. a. an die Beschwerdeführerin. Auf den veräußerten Grundbesitz entfiel ein Kaufpreisanteil von DM 1.910.000,—. Der Gesamtkaufpreis betrug vorläufig DM 31.910.000,—. Von möglicherweise anfallenden Kosten für die Entkontaminierung sollte die Beschwerdeführerin bis zu DM 23.300.000,— tragen. Von den Gebäudeabbruchskosten und den Abfuhrkosten sollte die Beschwerdeführerin DM 1.550.000,— tragen. Die Nachbewertungsklausel sieht u. U. eine Erhöhung des Kaufpreisanteils für den Grundbesitz vor. Die Beschwerdeführerin hat sich zu Investitionen von DM 57.000.000,— verpflichtet. Die Beschwerdeführerin hat sich ferner verpflichtet, eine bestimmte Anzahl von Arbeitsplätzen zu schaffen.

Der Notar erstellte die Kostenrechnung, wobei er einen Geschäftswert von insgesamt DM 116.330.000,— zugrunde legt.

Der Geschäftswert, den der Notar zugrunde gelegt hat, setzt sich wie folgt zusammen:

Kaufpreis	DM 31.910.000,—
Entkontaminierungskosten, die die Käuferin zu tragen hat	DM 23.300.000,—
Abbruch und Abfuhrkosten, die die Käuferin zu tragen hat	DM 1.550.000,—

Nachbewertungsklausel gem. § 30 KostO mit 20% aus DM 1.910.000,—	DM 382.000,—
Investitionsverpflichtungen der Käuferin	DM 57.000.000,—
Verpflichtungen der Käuferin bezüglich des Mietvertrags gem. § 30 KostO	DM 100.000,—
Vertragsangebot gemäß Anlage 4	DM 90.000,—
Arbeitsplatzgarantie	
54 x 10.000,— DM = 540.000,— DM x 37 = 19.980.000,—, davon 10% =	DM 1.998.000,—
Ergibt insgesamt:	DM 116.330.000,—

Gegen die Höhe des Geschäftswertes wendet sich die Beschwerdeführerin.

Sie ist der Ansicht, daß — nachdem sie zu Recht von dem ihr eingeräumten Rücktrittsrecht Gebrauch gemacht hat — der Geschäftswert, welcher der Rechnung des Notars zugrunde liegt, vermindert werden müsse und zwar um:

a) Fortfall Grundstück	DM 1.910.000,—
b) Entkontaminierungskosten	DM 23.300.000,—
c) Abbruch und Abfuhrkosten	DM 1.550.000,—
Minderung insgesamt:	DM 26.760.000,—

Ferner dürften weder die Investitionsverpflichtungen von DM 57.000.000,— noch die Arbeitsplatzgarantie in voller Höhe dem Geschäftswert zugrundegelegt werden. Sie sei jedoch mit einem Ansatz von 30% einverstanden.

Sie errechnet einen Geschäftswert von DM 38.270.000,—.

Investitionsverpflichtung und Arbeitsplatzgarantie stellten keine Gegenleistung für die im Kaufvertrag übernommenen Vermögenswerte dar, sondern beinhalteten lediglich Versprechungen für die Zukunft.

Im übrigen waren Entkontaminierungskosten nicht angefallen, was Probebohrungen vor Abschluß des Verkaufs bereits ergeben hätten. Die Treuhand habe aus formalen Gründen darauf bestanden, diese in den Vertrag aufzunehmen.

Im übrigen seien Teile des Vertrages nichtig. Es habe nach dem Recht der Bundesrepublik Deutschland keine Baugenehmigung erteilt werden dürfen.

Die Firma F. hat mitgeteilt, daß die Entstehung von Dekontaminierungskosten nicht sehr wahrscheinlich war.

Im übrigen sei die Käuferin nicht zurückgetreten, sondern der Vertrag sei unter der auflösenden Bedingung geschlossen worden, daß eine Baugenehmigung erteilt werde.

Der Notar ist der Ansicht, daß die Investitionsverpflichtungskosten in voller Höhe anzusetzen seien, nachdem sie mit einem Betrag im Vertrag genannt seien, ebenso die Arbeitsplatzgarantie und die Nachbewertungsklausel. Im übrigen enthalte der Kaufvertrag keine auflösende Bedingung (Baurecht), sondern ein Rücktrittsrecht der Käuferin, das diese tatsächlich ausgeübt habe.

Der Notar hat die Entscheidung des Landgerichts gem. § 156 Abs. 1 Satz 3 KostO beantragt.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde der Beschwerdeführerin ist zulässig.

In der Sache hat das Rechtsmittel teilweise Erfolg.

1. Kaufpreis (DM 31.910.000,—):

Bei der Bewertung des Geschäftswertes sind vom Kaufpreis (insgesamt DM 31.910.000,—) nicht DM 1.910.000,— abzuziehen. Gem. § 20 Abs. 1 KostO ist beim Kauf von Sachen der Kaufpreis maßgebend. Die Einräumung des „Rückgaberechts“ (Rücktrittsrechts) der Beschwerdeführerin war keine auflösende Bedingung. Die Ausübung dieses Rücktrittsrechts hat keine Herabsetzung des Kaufpreises zur Folge. Der Kaufvertrag war wirksam abgeschlossen. Mit Abschluß des gebührenpflichtigen Geschäfts sind die Kosten angefallen und fällig (§ 7 KostO). Wenn das beurkundete Geschäft nicht zur Durchführung gelangt, ist dies für die Höhe des ursprünglich vereinbarten Kaufpreises unerheblich.

2. Entkontaminierungskosten (DM 23.300.000,—):

Diese sind in der im Vertrag angegebenen Höhe von DM 23.300.000,— dem Geschäftswert zugrunde zu legen. Die Käuferin hat für Kosten in dieser Höhe einzustehen. Diese Verpflichtung der Käuferin ist mit dem Eingehen einer Bürgschaft vergleichbar. Der Wert einer Bürgschaft bestimmt sich nach dem vollen Wert der Bürgschaft. Dies muß um so mehr gelten, da eine unmittelbare Zahlungsverpflichtung eingegangen worden ist.

3. Abbruch und Abfuhrkosten (DM 1.550.000,—) sind gem. § 20 Abs. I Satz 1 KostO zu Recht angesetzt.

4. Investitionsverpflichtung (DM 57.000.000,—):

Bei der Bewertung des Geschäftswerts ist grundsätzlich vom Wert der eingegangenen Verpflichtungen auszugehen. Die von der Beschwerdeführerin übernommenen Investitionsverpflichtungen sind eine zusätzliche Kaufpreisgegenleistung im Sinne des § 20 Abs. I KostO. Die Verpflichtung, eine bestimmte Anzahl von Arbeitsplätzen zu schaffen, erhöht den Kaufpreis. Daß mit dem „Fortfall des Grundstücks“, wie die Beschwerdeführerin ausführt, auch die Investitionsverpflichtung fortgefallen ist, ist unerheblich, denn maßgebend für die Höhe des Geschäftswertes ist die Summe der in § 20 Abs. I KostO genannten werterhöhenden Faktoren, die in dem beurkundeten Vertrag enthalten sind. Die vom Käufer vorzunehmenden Investitionen kommen allerdings ihm selbst und der Treuhand zugute und sind deshalb nicht in voller Höhe als Gegenleistung anzusetzen.

Bei der Bewertung der übernommenen Investitionsverpflichtung ist auch das wirtschaftliche Interesse der Treuhand an der Erfüllung der Investitionsverpflichtung zu berücksichtigen (LG Fulda, JurBüro 1992/480). Das wirtschaftliche Interesse ist nach § 30 Abs. I KostO zu bewerten. Das wirtschaftliche Interesse der Treuhand liegt darin, daß die Treuhand die Produktionsbetriebe so zu verwerten und zu sanieren hat, daß diese Betriebe eine wirtschaftliche Zukunft haben und Arbeitsplätze gesichert bzw. neu geschaffen werden.

Die Kammer ist der Auffassung, daß die Investitionsverpflichtung der Beschwerdeführerin im Hinblick auf das erhebliche wirtschaftliche Interesse der Treuhand mit 30% des vereinbarten Investitionsaufwandes bewertet werden kann, somit mit DM 17.100 000,—.

5. Arbeitsplatzsicherung (DM 1.998.000,—):

Neben der Investitionsverpflichtung besteht die weitere Verpflichtung für die Beschwerdeführerin, eine bestimmte Anzahl Vollzeitbeschäftigte zu beschäftigen. Diese Verpflichtung ist ebenfalls bei der Geschäftswertermittlung zu berücksichtigen. Da auch die Treuhand ein erhebliches wirtschaftliches Interesse an der Erfüllung dieser Verpflichtung hat, ist dieses Interesse angemessen (§ 30 Abs. I KostO) zu berücksichtigen. Der Notar hat in seiner Kostenrechnung dieses Interesse der Beschwerdeführerin mit 10% bewertet, was im Rahmen des § 30 KostO liegt und nicht zu beanstanden ist.

Der Geschäftswert beträgt somit unter Berücksichtigung der weiteren Posten in der Kostenrechnung

DM 31.910.000,— (Kaufpreis)

DM 23.300.000,— (Entkontaminierungskosten)

DM 1.550.000,— (Abbruch und Abfuhrkosten)

DM 382.000,— (Nachbewertungsklausel)

DM 17.100.000,— (Investitionsverpflichtungen)

DM 100.000,— (Verpflichtung der Käuferin bezüglich des Mietvertrages)

DM 90.000,— (Vertragsangebot)

DM 1.998.000,— (Arbeitsplatzgarantie)

DM 76.430.000,—.

Die weitere Beschwerde gegen die Entscheidung des Landgerichts wird nicht zugelassen (§ 156 Abs. II KostO), da es sich nicht um rechtlich grundsätzlich bedeutsame Fragen handelt.

D.

Steuerrecht

29. EStG §§ 15 a, 21 (Anwendung von § 15 a EStG auf Immobilienfonds)

1. **§ 15 a Abs. 5 Nr. 2 i. V. m. § 21 Abs. 1 Satz 2 EStG sind verfassungsmäßig.**
2. **Haftet der BGB-Gesellschafter für Schulden der Gesellschaft persönlich, wenn auch beschränkt auf einen Bruchteil der Gesellschaftsschulden, so ist seine Haftung mit der eines Kommanditisten nicht vergleichbar i. S. des § 15 a Abs. 5 EStG**
3. **Bei der Entscheidung, ob die Inanspruchnahme der Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft für Schulden der Gesellschaft unwahrscheinlich ist (§ 15 a Abs. 5 Nr. 2 Alternative 2 EStG), sind die Gesamtumstände zu würdigen. Zu diesen gehören auch die Besonderheiten, die bei Bauherrngemeinschaften nach der vertraglichen Gestaltung und tatsächlichen Durchführung des Modells bestehen.**

BFH, Urteil vom 17.12.1992 — IX R 7/91 —

Aus dem Tatbestand:

Die 17 Kläger und Revisionsbeklagten (Kläger) schlossen im Dezember 1984 mit der G Gesellschaft für Immobilien Treuhand mbH (G) einen vorformulierten Geschäftsbesorgungsvertrag mit umfassender Vollmacht. Sie beauftragten und bevollmächtigten den Geschäftsbesorger, in Ihrem Namen und für ihre Rechnung alle Verträge abzuschließen, die erforderlich waren, um ein mit einem alten Mietwohnhaus bebautes Grundstück in B, zu erwerben und das Gebäude von Grund auf instandzusetzen. In dem Geschäftsbesorgungsvertrag wird das Investitionsvolumen der Baumaßnahmen einschließlich Grundstückserwerb auf rund 4,2 Mio DM festgelegt, von denen 922 000 DM durch Eigenkapital der Gesellschafter und 3,3 Mio DM durch Hypothekendarlehen aufgebracht werden sollen. Der Geschäftsbesorger ist nicht befugt, die Kläger zur Finanzierung des Bauvorhabens über die vorgesehenen Hypothekendarlehen (Ia- und Ib-Hypothek) hinaus anteilig zu verpflichten. Bei Vertragsschlüssen ist an Stelle einer gesamtschuldnerischen Haftung eine Haftung dergestalt zu vereinbaren, daß jeder Gesellschafter nur anteilig in Höhe seiner prozentualen Beteiligung an der Gesellschaft haftet.

Der Geschäftsbesorger schloß sodann für die Kläger die im Zusammenhang mit der Modernisierungsmaßnahme vorgesehenen Verträge. Dazu gehören:

a) Der Grundstückskaufvertrag

b) Der Gesellschaftsvertrag, mit dem sich die Kläger zu der Bauherrngemeinschaft M GbR zusammenschlossen und die G zum Geschäftsführer bestellten. In dem Gesellschaftsvertrag sind die gleichen Haftungsbeschränkungen und Einschränkungen der Vollmacht hinsichtlich der Verpflichtung der einzelnen Bauherren enthalten wie im Geschäftsbesorgungsvertrag. Der Geschäftsführer kann mit Wirkung für und gegen alle Gesellschafter das Gesellschaftskapital verändern, wenn sich bis zum Abschluß der Investitionsphase infolge einer nicht vorhergesehenen Änderung des Investitionsvolumens eine Notwendigkeit der Anpassung des Gesellschaftskapitals

an die Verhältnisse ergibt. Eine Nachschußpflicht besteht im Falle der Erhöhung des Gesellschaftskapitals nicht. Das erhöhte Gesellschaftskapital ist durch Aufnahme weiterer Gesellschafter aufzubringen oder durch einstimmigen Gesellschafterbeschuß neu festzulegen.

c) Der Bauleistungsvertrag mit einem Generalbauunternehmer zu einem Festpreis. Der Auftragnehmer übernimmt die Verkehrssicherungspflicht.

d) Die Hypothekendarlehensverträge mit den Darlehensgebern und die für Modernisierungsfonds üblichen Nebenverträge mit den Initiatoren.

Nach einer Außenprüfung stellte der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt — FA —) die negativen Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung für das Streitjahr 1984, in dem noch nicht mit Baumaßnahmen begonnen worden war, unter weitgehender Anerkennung der Gebühren als sofort abziehbare Werbungskosten zuletzt auf 67 905 DM gesondert und einheitlich fest. In einer Anlage zum Feststellungsbescheid wies das FA von den negativen Einkünften insgesamt 447 317 DM als nach §§ 21 Abs. 1 Satz 2, 15 a EStG nicht ausgleichs- und abzugsfähig aus. Als ausgleichs- und abzugsfähig sah es den Werbungskostenüberschuß nur insoweit an, als dieser die von den Klägern im Streitjahr geleisteten Kapitaleinlagen nicht überstieg.

Das Finanzgericht (FG) gab der Klage statt, mit der die Kläger die ersatzlose Aufhebung der Feststellung der nur verrechenbaren Werbungskostenüberschüsse begehrten. § 21 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 15 a Abs. 5 Nr. 2 EStG sei nicht anwendbar. Die Haftung der Kläger sei nicht mit der von Kommanditisten vergleichbar, weil sie nicht durch Vertrag auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt sei. Zwar sei die gesamtschuldnerische Haftung abbedungen. Es bestehe aber — anders als bei Kommanditisten — eine quotale Haftung der Gesellschafter. Es komme hinzu, daß die Haftungsbeschränkung auf einen bestimmten Bruchteil des Gesellschaftsvermögens nicht für Ansprüche des Fiskus und für deliktische Ansprüche gelte. Die Inanspruchnahme der Kläger als Gesellschafter sei auch nicht nach Art und Weise des Geschäftsbetriebs unwahrscheinlich. Es blieben trotz der in den einzelnen Verträgen vereinbarten Begrenzungen des Finanzierungsvolumens Haftungsrisiken, die über die eines Kommanditisten hinausgingen, nämlich für Steuern und aus Delikt. Derlei Haftungsrisiken seien nur dadurch auszuschließen, daß sich die GbR eines im eigenen Namen, wenn auch für fremde Rechnung auftretenden, beschränkt haftenden Geschäftsbesorgers bediene.

Dagegen richtet sich die vom FG zugelassene Revision des FA, mit der es Verletzung des § 15 a EStG rügt. Das FG habe zu der Frage, ob die Inanspruchnahme der Gesellschafter nach Art und Weise des Geschäftsbetriebs unwahrscheinlich sei, widersprechende Feststellungen getroffen. Einerseits würdige es die Verträge des Modernisierungsvorhabens dahin, bei den beitragswilligen Gesellschaftern habe der Eindruck erweckt werden sollen, nur bis zur Höhe ihrer Einlage eintreten zu müssen. Andererseits stelle das FG fest, für die Gesellschafter bestünden Haftungsrisiken für Steuern und aus Delikt, die über die eines Kommanditisten hinausgingen. Gerade die Tatsache, daß die Kläger sich eines im eigenen Namen handelnden Geschäftsbesorgers nicht bedient hätten, zeige, daß ihre Inanspruchnahme nach Art und Weise des Geschäftsbetriebs unwahrscheinlich gewesen sei. Denn anders lasse sich nicht erklären, warum die Kläger von der aufgezeigten Möglichkeit einer gänzlichen Haftungsfreistellung keinen Gebrauch gemacht hätten.

Das FA beantragt, die Klage unter Aufhebung der Vorentscheidung abzuweisen.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet. Die Vorentscheidung verletzt § 21 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 15 a Abs. 5 Nr. 2 Alternative 2 EStG. ...

II. Im Anschluß an den Beschluß in BFHE 150, 514, BStBl II 1988, 5 bejaht der erkennende Senat die Verfassungsmäßigkeit des § 21 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 15 a Abs. 5 Nr. 2 EStG. Wie der VIII. Senat entschieden hat, verstößt § 15 a EStG weder gegen das Übermaßverbot noch gegen den Gleichheitsgrundsatz. Die Ausführungen des VIII. Senats gelten auch bei der entsprechenden Anwendung des § 15 a EStG im Rahmen des § 21 Abs. 1 Satz 2 EStG. ...

III. Der Rechtsstandpunkt des FG, die Haftung der Kläger für Schulden im Zusammenhang mit dem Modernisierungsvorhaben sei nicht durch Vertrag ausgeschlossen und insoweit nicht mit der eines Kommanditisten vergleichbar (§ 21 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 15 a Abs. 5 Nr. 2 Alternative 2 EStG), trifft zu.

1. Kennzeichnend für die Haftung eines Kommanditisten ist, daß er für Schulden der Kommanditgesellschaft nicht unmittelbar haftet, wenn er seine Hafteinlage geleistet hat (§ 171 Abs. 1 HGB). Solange er seine Einlage nicht eingezahlt hat (und in den Sonderfällen des § 172 Abs. 4 Satz 1 HGB), haftet der Kommanditist für Gesellschaftsschulden unmittelbar, d. h. mit seinem gesamten Vermögen, jedoch betragsmäßig beschränkt auf die Höhe der noch nicht eingezahlten bzw. zurückbezahlten Hafteinlage. Der Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft haftet dagegen den Gläubigern der Gesellschaft grundsätzlich unbeschränkt mit seinem gesamten Vermögen, wobei umstritten ist, wie diese persönliche gesamtschuldnerische Haftung dogmatisch zu begründen ist (Theorie der Doppelverpflichtung, Akzessorietätstheorie, vgl. BFH-Urteil vom 27.6.1989 VII R 100/86, BFHE 158, 1, BStBl II 1989, 952; Urteil des BGH vom 30.4.1979 II ZR 137/78, BGHZ 74, 240, 242; MünchKommUllmer, § 714 RdNr. 23 ff.; differenzierend *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., § 60 III). Die unbeschränkte Haftung des Gesellschafters einer BGB-Gesellschaft besteht — anders als die eines Kommanditisten — auch dann, wenn er seinen im Gesellschaftsvertrag vereinbarten Beitrag (§ 706 Abs. 1 BGB) geleistet hat.

Nach einhelliger Ansicht kann jedoch die Haftung des BGB-Gesellschafters auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt werden, und zwar entweder durch Einzelvereinbarung mit dem Gläubiger oder durch entsprechende Beschränkung der Haftung im Gesellschaftsvertrag und Einschränkung der Vertretungsmacht der für die Gesellschaft handelnden Organe, jedenfalls dann, wenn diese Einschränkung den Gläubigern der Gesellschaft erkennbar ist (Urteile des BGH vom 25.10.1984 VII ZR 2/84, DB 1985, 432 für eine Bauherrengemeinschaft; vom 12.3.1990 II ZR 312/88, BB 1990, 1085, und vom 25.6.1992 I ZR 120/90, DStR 1992, 1408; *Friele*, DB 1985, 2268; *Karsten Schmidt*, a. a. O., § 60 III 2 c S. 1501; *Palandt/Thomas*, BGB, 52. Aufl., § 714 Anm. 4). Ist die persönliche Haftung des Gesellschafters einer BGB-Gesellschaft in dieser Weise auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt, so steht er insoweit einem Kommanditisten, der seine Hafteinlage geleistet hat, gleich. Die Haftung beider ist dann i. S. des § 15 a Abs. 5 Nr. 2, § 21 Abs. 1 Satz 2 EStG vergleichbar.

2. Die Haftung eines BGB-Gesellschafters läßt sich dagegen unter dem Blickwinkel der ersten Alternative des § 15 a Abs. 5 Nr. 2 EStG nicht mit der eines Kommanditisten nach Leistung seiner Hafteinlage vergleichen, falls der BGB-Gesellschafter mit seinem Privatvermögen in Anspruch genommen werden kann, wenn auch nicht als Gesamtschuldner, sondern nur zu einem bestimmten Bruchteil, etwa in Höhe seines Anteils am Gesellschaftsvermögen (quotale Haftungsbeschränkung). Der Kommanditist haftet nach Leistung seiner Einlage den Gläubigern der Gesellschaft überhaupt nicht mehr, während der BGB-Gesellschafter mit nur quotale begrenzter Haftung mit seinem gesamten Vermögen haftet, allerdings beschränkt auf einen bestimmten Bruchteil der Gesamthandsschuld.

3. Bei Anwendung dieser Grundsätze erweist sich die Entscheidung des FG insoweit als zutreffend, als es davon

ausgegangen ist, daß die Inanspruchnahme der Kläger für Schulden des Modernisierungsfonds nicht durch Vertrag ausgeschlossen war, wie es § 15 a Abs. 5 Nr. 2 Alternative 1 EStG voraussetzt. Die persönliche Inanspruchnahme der Kläger war nach dem Gesellschaftsvertrag, der Vollmacht des Geschäftsbesorgers und nach den Darlehensverträgen sowie den weiteren Verträgen des Modernisierungsfonds nur quotal beschränkt. Die Kläger hafteten zu einem bestimmten Bruchteil der Gesamthandsschulden persönlich.

IV. Dagegen hält die Vorentscheidung der revisionsgerichtlichen Überprüfung insoweit nicht stand, als das FG entschieden hat, auch die zweite Alternative des § 21 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 15 a Abs. 5 Nr. 2 EStG — Unwahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme der Kläger für Schulden in Zusammenhang mit dem Betrieb nach Art und Weise der Vermietungstätigkeit — greife nicht ein.

1. Bei der zweiten Alternative des § 15 Abs. 5 Nr. 2 EStG kommt es nicht darauf an, ob die persönliche Haftung der Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft durch Vertrag ausgeschlossen (auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt) ist. Bedeutsam ist vielmehr, ob die persönliche Inanspruchnahme der Gesellschafter nach den tatsächlichen Verhältnissen, insbesondere der Art und Weise der Vermietungstätigkeit, unwahrscheinlich ist. Ist das der Fall, so ist das Haftungsrisiko des BGB-Gesellschafters so begrenzt, daß seine Haftung aus tatsächlichen Gründen mit der eines Kommanditisten nach Leistung der Einlage vergleichbar ist.

2. Die Entscheidung, ob die persönliche Inanspruchnahme der Gesellschafter unwahrscheinlich ist, hängt von einer umfassenden Würdigung der rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse ab, die dem FG als Tatsacheninstanz obliegt. Das FG hat dabei — im Rahmen der entsprechenden Anwendung des § 15 a Abs. 5 Nr. 2 EStG —, z. B. die Art und Weise der Vermietungstätigkeit, die zu erwartende Höhe der Erträge und Aufwendungen, die finanzielle Ausstattung der Gesellschaft, Sicherheiten und Garantien, die von dritter Seite den Gesellschaftern gewährt wurden, dingliche Sicherungen der Gläubiger, die Zahlungsfähigkeit der Mieter, festzustellen und zu würdigen. Von Bedeutung ist auch, wie das Vertragswerk im Einzelfall tatsächlich durchgeführt worden ist, insbesondere ob die Gesellschafter als Haftende in Anspruch genommen worden sind oder doch konkret damit rechnen mußten.

Bei der Würdigung der Gesamtumstände muß das FG auch die Besonderheiten von BGB-Gesellschaften berücksichtigen, die — wie die sog. Modernisierungsfonds oder andere Bauherrngemeinschaften — von gewerblich tätigen Initiatoren nach einheitlichem Muster gegründet werden und deren Tätigkeit sich auf den Erwerb und die Vermietung eines oder mehrerer Grundstücke beschränkt. Das von Fachleuten entworfene Vertragswerk ist in diesen Fällen regelmäßig so gestaltet, daß einem vorhersehbaren finanziellen Gesamtaufwand für den Erwerb des Grundstücks, die Errichtung der Gebäude bzw. deren Sanierung und für die Nebenkosten (Gebühren) ein Finanzierungsplan gegenübersteht, der ausweist, wie dieser Gesamtaufwand durch Aufnahme von dinglich gesicherten Fremdmitteln und Eigenkapital der Gesellschafter gedeckt wird. Anbieter und Anleger gehen davon aus, daß die Gesellschafter über ihren Kapitaleinsatz hinaus nicht persönlich haften werden. In den Werbeprospekten für diese Modelle werben die Anbieter damit, daß die Haftung auf das Eigen- und Fremdkapital oder auf die Beteiligung beschränkt sei und infolge hoher Wertsteigerungen des erworbenen Grundstücks und hoher Rendite — über die Steuervorteile hinaus — die Investition besonders

lohnend sei. Der Anreiz, sich an solchen Fonds bzw. Modellen zu beteiligen, besteht gerade darin, Steuervorteile in Anspruch nehmen zu können, ohne der Gefahr einer persönlichen Inanspruchnahme ausgesetzt zu sein. Für die Bauphase wird das Risiko der persönlichen Inanspruchnahme bei diesen Modellen darüber hinaus in aller Regel durch Nebenverträge — Bürgschaften für die Kredite, Höchstzinsgarantien durch die Initiatoren, Übernahme der Verkehrssicherungspflicht durch den Generalbauunternehmer — abgesichert. Das Risiko vermindert sich ferner, wenn die Gesellschafter nicht als Gesamtschuldner, sondern nur für einen Bruchteil der Gesellschaftsschulden haften und die Gläubiger der Finanzierungsdarlehen dinglich gesichert sind. Für die Zeit nach Beendigung der Bauphase sind Einnahmen und Ausgaben so kalkuliert, daß kein Ausgabenüberschuß entsteht.

Die aufgezeigten Umstände bilden in aller Regel gewichtige Indizien dafür, daß für die Gesellschafter keine wesentlichen Risiken bestehen, die nicht aus dem Gesellschaftsvermögen — ggf. durch Neuaufnahme von Gesellschaftern oder durch Erhöhung der Beiträge der bisherigen Gesellschafter — oder durch Aufnahme weiterer Darlehen durch die Gesellschaft oder durch Inanspruchnahme Dritter — etwa des Schädigers oder von Bürgen — gedeckt werden können. Unsubstantiierte Hinweise auf mögliche Haftungsrisiken, die jede BGB-Gesellschaft treffen können, z. B. auf noch nicht konkretisierte deliktische Ansprüche oder mögliche Steuernachforderungen gegen die Gesellschaft, reichen nicht aus. Die Gesellschafter müssen vielmehr darlegen, daß und welche persönlichen Haftungsrisiken aus der Sicht des Streitjahres konkret bestanden. Bestehen konkrete Haftungsrisiken, so ist im Zweifel die persönliche Inanspruchnahme der Gesellschafter nicht unwahrscheinlich (vgl. BFH-Urteil vom 14.5.1981 VIII R 111/86, BFHE 164, 526, BStBl II 1992, 164). Lassen sich dagegen keine Umstände feststellen, welche die durch die Verträge des Bauherrenmodells begründeten Indizien erschüttern und ein konkretes Haftungsrisiko belegen, tragen die Gesellschafter insoweit die Feststellungslast.

3. Bei der Beurteilung der Wahrscheinlichkeit oder Unwahrscheinlichkeit der persönlichen Inanspruchnahme ist nicht nur auf die Verhältnisse am Ende des Feststellungszeitraums abzustellen und zu prüfen, ob in diesem Zeitpunkt ein Haftungsrisiko bestand. Wie der VIII. Senat in dem Urteil in BFHE 164, 526, BStBl II 1992, 164 zur Parallelvorschrift des § 15 a Abs. 1 Satz EStG entschieden hat, ist auch die voraussehbare künftige Entwicklung einzubeziehen. Dieser Rechtsauffassung hat sich zwischenzeitlich die Finanzverwaltung angeschlossen (Schreiben des BMF vom 20. 2. 1992, BStBl I 1992, 123, Tz. 2.1). Sie gilt auch bei der entsprechenden Anwendung des § 15 a Abs. 5 Nr. 2 Alternative 2 EStG im Rahmen des § 21 Abs. 1 Satz 2 EStG. Die Einschränkung der Ausgleichsfähigkeit negativer Einkünfte bei BGB-Gesellschaften stellt eine Ausnahme von dem Grundsatz dar, daß Gesellschafter für Schulden der Gesellschaft persönlich haften und deshalb ihre negativen Einkünfte voll ausgleichsfähig sind. Deshalb ist auch in diesem Bereich eine vorsichtige Beurteilung geboten, die die künftige Entwicklung einbezieht, soweit sie im Feststellungszeitraum bereits erkennbar ist.

4. Bei Anwendung dieser Grundsätze auf den Streitfall kann die Vorentscheidung keinen Bestand haben. (*Wird ausgeführt.*)

30. EStG § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6, § 9 Abs. 1 Satz 1, § 21 Abs. 1 AO 1977, § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 (*Steuerliche Behandlung von Immobilienfonds*)

Vermietet ein Treuhänder ein ihm gehörendes Grundstück im eigenen Namen, aber auf Rechnung eines Treugebers (hier: Immobilienfonds), so können die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung dem Treugeber nur dann zugerechnet werden, wenn er das Treuhandverhältnis beherrscht und der Treuhänder ausschließlich auf Rechnung und Gefahr des Treugebers handelt.

BFH, Urteil vom 27.1.1993 — IX R 269/87 —

Aus dem Tatbestand:

Die Kläger und die Beigeladenen sind Gesellschafter eines Immobilienfonds mit der Bezeichnung X-Fonds . . . , der 1975 in Form einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (GdBR) errichtet worden ist. Die Gründungsgesellschafter schieden bis auf zwei bis zum 31.12.1976 aus; ab April 1977 traten zweiundachtzig neue Fonds-Gesellschafter (Kläger) der Gesellschaft durch vordruckte Übernahmeerklärungen bei. In diesen verpflichteten sie sich, den Zeichnungsbetrag zuzüglich Agio zu zahlen. Treuhänderin für den Fonds ist die X-AG (Treuhänderin), die auch Geschäftsführerin des Fonds ist und für zahlreiche Immobilienfonds als Treuhänderin tätig ist. Der Gesellschaftsvertrag des Fonds und die Rechtsbeziehungen zwischen den Fonds-Gesellschaftern und der Treuhänderin sind in den von dieser vorformulierten „Allgemeinen Vertragsbedingungen zu den X-Fonds“ (AVB) und in den auf der Rückseite der Übernahmeerklärung zum X-Fonds . . . abgedruckten „Besonderen Vertragsbedingungen“ (BVB), geregelt. Danach erwirbt die Treuhänderin das bürgerlich-rechtliche Eigentum an einem oder mehreren Grundstücken, die für die Zuordnung zu einem X-Fonds vorgesehen sind. Die Fonds-Gesellschaft beauftragt die Treuhänderin, im eigenen Namen, jedoch für Rechnung der Fonds-Gesellschaft Grundstücke aufzukaufen, zu bebauen, zu vermieten und nach Weisung der GdBR zu verwalten.

Die Treuhänderin erwarb 1976 ein Grundstück, das sie am 20.6.1977 gegen ein Entgelt von 1,5 Mio DM dem Fonds „zuordnete“. Auf diesem Grundstück errichtete sie im öffentlich geförderten Wohnungsbau ein Mehrfamilienhaus, das im November 1978 bezugsfertig war. Die Gesamtkosten sind in den BVB mit 18 Mio DM beziffert, das Fondskapital ist dort auf 4,78 Mio DM festgesetzt. Im Zusammenhang mit dem Erwerb des Grundstücks und der Errichtung des Gebäudes schloß die Treuhänderin im Februar und März 1977 im eigenen Namen eine Reihe von Verträgen, u. a. Verträge über die Beschaffung des Fonds-Kapitals und des Fremdkapitals, Darlehensverträge, einen Baubetreuungsvertrag, Garantie- und Bürgschaftsverträge und einen Vertrag über die Vermietung. Auf der Grundlage dieser Verträge hatte die Treuhänderin erhebliche Aufwendungen, die sie den Fonds-Gesellschaftern in Rechnung stellte (insgesamt geltend gemachte Gebühren 1977 und 1978 3,8 Mio DM).

In ihren Erklärungen zur gesonderten und einheitlichen Feststellung der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung für die Streitjahre 1977 und 1978 wiesen die Kläger die Aufwendungen für die von der Treuhänderin geschlossenen Verträge einschließlich der Darlehenszinsen als vorab entstandene Werbungskosten aus. Dadurch ergaben sich Werbungskostenüberschüsse von 3,8 Mio DM für 1977 und 2,5 Mio DM für 1978. Der Beklagte (das Finanzamt — FA —) erließ im Anschluß an eine Außenprüfung Feststellungsbescheide, in denen er die Werbungskostenüberschüsse aus Vermietung und Verpachtung auf 2,04 Mio DM für 1977 sowie auf 1,6 Mio DM für 1978 feststellte und den Klägern und Beigeladenen zurechnete. Nicht als sofort abziehbare Werbungskosten, sondern als Herstellungskosten beurteilte das FA dabei ganz oder zum Teil das Entgelt für die Garantie der Erlangung von Förderungsmitteln durch die Wohnungsbau-Kreditanstalt (WBK), das Entgelt für die Übernahme einer Ausfallbürgschaft für die Zwischenfinanzierung (Aval-Gebühren), das an die Treuhänderin zu zahlende Entgelt für die Übernahme der Haftung bezüglich des Aufwendungsdarlehens der WBK und die Vergütung für die „Primärhaftung“ der Treuhänderin sowie das Entgelt für die Erstvermietung. Bei der Verteilung der Werbungskostenüberschüsse rechnete das FA die Anteile an den laufenden Kosten den 1977 neu eingetretenen Gesellschaftern nur insoweit zu, als sie auf den Zeitraum nach ihrem Eintritt entfielen; die zuvor angefallenen Aufwendungen behandelte es als Anschaffungskosten der neu eingetretenen Fonds-Gesellschafter.

Die nach erfolglosem Vorverfahren erhobene Klage, mit der die Kläger begehrten, die Werbungskostenüberschüsse zu erhöhen und erklärungsgemäß zu verteilen, hatte im wesentlichen Erfolg. . . .

Dagegen richtet sich die zugelassene Revision, mit der das FA Verletzung des § 9 EStG rügt.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Abweisung der Klage. Das FG ist zu Unrecht davon ausgegangen, daß die von der Treuhänderin erwirtschafteten negativen Einkünfte aus der Vermietung des dem Fonds zugeordneten Grundstücks den Klägern und Beigeladenen als Treugebern zuzurechnen seien. Sie haben den Tatbestand der Einkunftsart Vermietung und Verpachtung (§§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6, 21 Abs. 1 Nr. 1 EStG) nicht verwirklicht und können deshalb die umstrittenen Aufwendungen nicht als Werbungskosten dieser Einkunftsart abziehen.

1. 1. Den Tatbestand der Einkunftsart Vermietung und Verpachtung verwirklicht, wer die rechtliche oder tatsächliche Macht hat, eines der in § 21 Abs. 1 EStG genannten Wirtschaftsgüter anderen entgeltlich auf Zeit zur Nutzung zu überlassen. Er muß Träger der Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag oder Pachtvertrag sein. Schließen sich mehrere Personen zusammen, um Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung zu erzielen, sind die Einkünfte ihnen zuzurechnen, wenn sie in gesamthänderischer Verbundenheit den Tatbestand der Einkunftsart verwirklichen (Senatsurteil vom 3.12.1991 IX R 155/89, BFHE 166, 460, BStBl II 1992, 459, m. w. N.). Der Bundesfinanzhof (BFH) hat bisher grundsätzlich denjenigen als Träger der Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag angesehen, der zivilrechtlich Vermieter ist. Er hat deshalb den Gesellschaftern einer GdBR die Einkünfte nur dann zugerechnet, wenn die Gesellschaft Vertragspartner des Mietvertrags war (Urteil vom 15.4.1986 IX R 69/81, BFHE 147, 134, BStBl II 1986, 792). Der Nießbraucher erzielt Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung nur, wenn die nach Bestellung des Nießbrauchs geschlossenen Mietverträge in seinem Namen abgeschlossen wurden (BFH-Urteil vom 13.5.1980 VIII R 128/78 [= MittBayNot 1980, 226], BFHE 131, 216, BStBl II 1981, 299). Zuletzt hat der Senat im Urteil in BFHE 166, 460, BStBl II 1992, 459 ausgesprochen, daß der Unterbeteiligte keine Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung hat, weil er nicht Gesellschafter ist und nicht nach außen als Vermieter auftritt. Legt man diese Rechtsprechung zugrunde, haben die Kläger keine Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielt, weil die Treuhänderin zivilrechtlich Vermieterin (und Eigentümerin des Grundstücks) ist.

2. Allerdings kann ein Treugeber Einkünfte aus Gewerbebetrieb oder aus Kapitalvermögen erzielen, wenn für ihn ein Treuhänder im eigenen Namen, aber für Rechnung des Treugebers handelt (für Treuhandkommanditisten: Beschluß des Großen Senats des BFH vom 25.2.1991 GrS 7/89, BFHE 163, 1, 19, BStBl II 1991, 691, und BFH-Urteil vom 21.4.1988 IV R 47/85, BFHE 153, 545, BStBl II 1989, 722, m. w. N.; für Einkünfte aus Kapitalvermögen: Urteile vom 30.1.1986 IV R 125/83, BFHE 146, 59, BStBl II 1986 404, und vom 28.11.1990 X R 109/89, BFHE 163, 264, BStBl II 1991, 327, 331; vgl. auch *Lang/Seer*, Finanz-Rundschau — FR — 1992, 637; *Wolff-Diepenbrock* in: Handelsrecht und Steuerrecht, Festschrift für *Georg Döllner*, S. 757, jeweils m. w. N.). Der erkennende Senat schließt sich dieser Rechtsprechung an. Den Tatbestand der Einkunftsart Vermietung und Verpachtung kann unter bestimmten Voraussetzungen ein Treugeber verwirklichen, wenn für ihn ein Treuhänder den Mietvertrag im eigenen Namen abschließt.

a) Die Voraussetzungen für die Zurechnung der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung beim Treugeber ergeben sich nicht aus § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 AO 1977. Die Vorschrift betrifft unmittelbar nur die Zurechnung von Wirtschaftsgütern. Bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung ist die Zurechnung der Einkünfte nicht von der Zurechnung des vermieteten Wirtschaftsguts abhängig, wie die Untervermietung oder die unberechtigte Vermietung zeigen. Es kommt hinzu, daß der Begriff des Treuhandverhältnisses sich nicht eindeutig umschreiben läßt. Weder im bürgerlichen Recht noch im Steuerrecht gibt es einen typischen Treuhandvertrag, sondern eine Vielzahl von Formen der Treuhanderschaft (vgl. BFH-Urteil vom 21.5.1971 III R 125–127/70, BFHE 102, 555, BStBl II 1971, 721; *Gernhuber*, JuS 1988, 355; MünchKomm-*Thiele*, vor § 164 Rdnr. 27; *Fischer* in *Hübschmann/Hepp/Spitaler*, § 39 AO Rz. 161 ff.; *Tipke/Kruse*, AO, 14. Aufl., § 39 AO Tz. 16 ff.).

Wegen der vielfältigen Möglichkeiten der Ausgestaltung des Treuhandverhältnisses im Einzelfall können Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung dem Treugeber nicht allein wegen des Bestehens eines Treuhandverhältnisses zugerechnet werden.

b) Die Zurechnung der Einkünfte beim Treugeber setzt vielmehr voraus, daß der Treuhänder ausschließlich auf Rechnung und Gefahr des Treugebers handelt und dieser nach der Ausgestaltung des Treuhandverhältnisses und nach den sonstigen Umständen gegenüber dem Treuhänder eine derart beherrschende Stellung einnimmt, daß er wirtschaftlich die Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis trägt. Maßgebend sind danach die Kriterien, die für die Zurechnung der Einkünfte nach einkommensteuerrechtlichen Grundsätzen allgemein gelten (ebenso *Fischer*, a. a. O., § 39 AO Anm. 10; im Ausgangspunkt auch Erlaß des Senators für Finanzen Berlin vom 15.7.1987 III B 3 — S 2253 — 11/86, Steuererlasse in Karteiform — StEK —, Einkommensteuergesetz, § 21, Nr. 208 = DStR 1987, 663 = BB 1987, 2080).

Den Tatbestand einer Einkunftsart erfüllt, wer die Leistungsbeziehungen beherrscht und die Möglichkeit hat, Wirtschaftsgüter und Nutzungsmöglichkeiten am Markt zu verwerten (*Ruppe*, Möglichkeiten und Grenzen der Übertragung von Einkunftsquellen als Problem der Zurechnung von Einkünften, in *Tipke* — Herausgeber —, Übertragung von Einkunftsquellen im Steuerrecht, S. 12, 18 ff.; *Biergans*, Einkommensteuer, 6. Aufl., S. 1054; *Lang/Seer*, a. a. O., 637, 638; *Raupach/Schencking* in *Herrmann/Heuer/Raupach*, § 2 EStG Anm. 130, m. w. N.). Werden Vermietungsleistungen über einen im eigenen Namen handelnden Treuhänder angeboten, so muß der Treugeber über den unmittelbar Handelnden das Marktgeschehen beherrschen. Das ist nur dann der Fall, wenn der Treugeber wesentlichen Einfluß auf die vertragliche Ausgestaltung des Treuhandverhältnisses hat, dem Treuhänder Weisungen für die Begründung und Ausgestaltung des Mietverhältnisses geben kann und tatsächlich gibt, und wenn er das Treugut, das Grundlage des Mietverhältnisses ist, entweder dem Treuhänder überträgt oder die Auswahl des Treuguts bestimmt und das Treugut jederzeit — ohne wesentliche wirtschaftliche Einbußen — herausverlangen kann (vgl. auch BFH-Urteil vom 29.10.1991 VIII R 51/84, BFHE 166, 431, 442, BStBl II 1992, 512; *Lang/Seer* a. a. O., 645). Nicht ausreichend für die Zurechnung der Einkünfte beim Treugeber ist, daß ihm das wirtschaftliche Ergebnis der Vermietung zugute kommt (Senatsurteil in BFHE 166, 460, BStBl II 1992, 459). Gegen eine beherrschende Stellung des Treugebers spricht es, wenn der Treuhänder ein eigenes wirt-

schaftliches Interesse an der Treuhandstellung hat (BFH-Beschluß vom 31.3.1981 VIII B 53/80, BFHE 133, 331, 337, BStBl II 1981, 696).

II. Die Anwendung dieser Grundsätze auf den Streitfall ergibt, daß die Kläger den Tatbestand der Einkunftsart Vermietung und Verpachtung nicht verwirklicht haben. Sie können deshalb keine Werbungskosten dieser Einkunftsart abziehen. Nicht die Kläger, sondern die Treuhänderin beherrschte das Treuhandverhältnis und die Vermietung. Die Treuhänderin war auch nicht ausschließlich auf Rechnung und Gefahr der Treugeber tätig. Trägerin der Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis waren deshalb auch in wirtschaftlicher Hinsicht nicht die Fonds-Gesellschafter, sondern die Treuhänderin.

1. a) Der Senat hat bereits im Urteil vom 14.11.1989 IX R 197/84 (BFHE 158, 546, BStBl II 1990, 299, Abschn. II 1 b) darauf hingewiesen, daß Anleger im Bauherrenmodell, dessen Grundlage eine Vielzahl von vorformulierten Verträgen ist, das Baugeschehen regelmäßig nicht beherrschen können. Der Sachzwang, eine Vielzahl von Wohnungen oder gleichförmig ausgestalteten Wohngebäuden nach einem bereits vor Beitritt der Anleger ausgearbeiteten Konzept zu errichten, führt dazu, daß die Anleger weder die Vertragsgestaltung noch die Vertragsdurchführung wesentlich beeinflussen können, zumal wenn sie durch die Projektanbieter vertreten werden. Der Anleger hat in der Regel nur die Wahl, entweder die Gesamtheit der Verträge unverändert zu übernehmen oder sich nicht zu beteiligen. Derartige Verhältnisse liegen im Streitfall vor. Die Treuhänderin hatte gegenüber den Treugebern schon dadurch eine beherrschende Stellung, daß sie die vertragliche Gestaltung des Treuhandverhältnisses in den AVB und BVB bestimmte. Die Auswahl der Anleger, die sich nach dem Vortrag des Geschäftsführers der Treuhänderin darum bemühten, sich an den einzelnen Fonds beteiligen zu dürfen, war Sache des von der Treuhänderin mit der Eigenkapitalbeschaffung beauftragten Unternehmens. Die Treuhänderin bestimmte das dem Fonds zuzuordnende Grundstück, legte die Bauplanung und Baufinanzierung in allen Einzelheiten fest und beauftragte ein anderes Unternehmen mit der Erstvermietung der Wohnungen. Alle diese Maßnahmen waren abgeschlossen oder in die Wege geleitet, bevor die Kläger und Beigeladenen die vorgedruckte Beitrittserklärung zum Fonds unterschrieben.

Die Anleger hatten aufgrund des wirtschaftlichen Sachzwangs zur Durchführung des Projekts in der vorgesehenen Weise keine Möglichkeit, wesentlichen Einfluß auf irgendeine Maßnahme im Zusammenhang mit der Bildung des Fonds, dem Erwerb und der Bebauung des Grundstücks und dessen Vermietung zu nehmen. Da außerdem die angestrebten Steuervorteile und Zuschüsse der öffentlichen Hand nur dann nicht gefährdet waren, wenn das in allen Einzelheiten ausgearbeitete Modell ohne wesentliche inhaltliche Änderungen durchgeführt wurde, ist den Anlegern keine in irgendeiner Hinsicht beherrschende Stellung zuzubilligen. Es kommt hinzu, da die Treuhänderin als Geschäftsführerin des Fonds ihrerseits auf den Fonds maßgebenden Einfluß ausüben konnte. (*Wird ausgeführt.*)

b) Die Kläger hatten auch nicht die Möglichkeit, das Treuhandverhältnis jederzeit ohne erhebliche wirtschaftliche Nachteile zu beenden. (*Wird ausgeführt.*)

2. Die Treuhänderin wurde nicht ausschließlich auf Rechnung und Gefahr der Treugeber tätig.

a) Die Treuhänderin und die mit ihr verbundenen Unternehmen hatten ein erhebliches eigenes wirtschaftliches Interesse an der Durchführung des Projekts. Sieht man von den Steuervorteilen ab, die die Treugeber anstrebten, waren es zunächst ausschließlich die Treuhänderin und die mit ihr verbundenen Unternehmen der Initiatorengruppe, die wirtschaftliche Vorteile hatten. Die Initiatoren einschließlich der Treuhänderin erhielten für die Entwicklung des „Modells“, die Werbung der Treugeber, für den Kauf des Grundstücks und die Errichtung des Gebäudes von dem Immobilienfonds insgesamt ein Entgelt, das das Fondskapital — also die von den Klägern zur Verfügung gestellten Geldmittel — im wesentlichen aufzehrt. (*Wird ausgeführt.*)

Die Treugeber werden dagegen angesichts der außerordentlich hohen Anfangsaufwendungen — wenn überhaupt — erst in ferner Zukunft aus der Vermietung einen Gesamtüberschuß erwirtschaften können.

b) Die Treuhänderin ist überdies auch auf eigene Gefahr tätig. Da die Treugeber während des Bestehens des Treuhandverhältnisses nicht nachschußpflichtig sind, trägt die Treuhänderin in dieser Zeit die Risiken, die sich aus der Vermietung ergeben; außerdem ist sie persönlich Schuldnerin der zur Finanzierung aufgenommenen Darlehen. ...

3. Demgegenüber sind die Bestimmungen der AVB, die für eine Zurechnung der Einkünfte bei den Treugebern sprechen könnten, nicht von entscheidender Bedeutung.

a) Nach §§ 27, 28 AVB ist das dem Fonds zugeordnete Grundstück nach Beendigung des Treuhandverhältnisses auf den Fonds zu übertragen oder für ihn zu verwerten. Diese Bestimmungen geben den Treugebern — Vertragstreue der Treuhänderin vorausgesetzt — lediglich die Möglichkeit eines zukünftigen Zugriffs auf das Grundstück bzw. räumen ihnen eine Verwertungsbefugnis ein (vgl. BFH-Urteil vom 25.11.1992 II R 122/89, nicht veröffentlicht — NV —).

b) Nach § 20 Nr. 3 AVB hat die Treuhänderin einen jährlichen Überschuß, den sie mit dem Fonds-Grundstück erwirtschaftet, an die Zertifikatinhaber abzuführen. Die Treuhänderin hat für Einnahmen und Ausgaben ein besonderes Treuhandkonto einzurichten und den Zertifikatinhabern jährlich zu berichten (§§ 11 Nr. 2, 12 AVB). Diese Bestimmungen geben den Klägern und Beigeladenen nicht mehr Rechte als sie gewöhnlich ein stiller Gesellschafter oder der Gläubiger eines partiarischen Darlehens (zur Abgrenzung BFH-Urteil vom 25.3.1992 I R 41/91, BFHE 168, 239, BStBl II 1992, 889) hat. ...

4. Die Kläger und Beigeladenen stellten der Treuhänderin danach lediglich einen Teil des Kapitals zur Nutzung zur Verfügung, das diese für den Erwerb, die Bebauung des Grundstücks sowie insbesondere für die Bezahlung der Entgelte für die Initiatoren benötigte. Daß die Kläger und Beigeladenen nicht Vermieter, sondern nur Geldgeber waren, kommt auch im Wortlaut der AVB und in den von der Treuhänderin abgeschlossenen Verträgen zum Ausdruck. Danach hat die Treuhänderin z. B. mit einem Finanzmakler einen Vertrag über die „Fonds-Kapitalbeschaffung“ abgeschlossen, durch den sie sich gegen eine Gebühr von 700 000 DM die Fondsgesellschafter als Kapitalanleger vermitteln ließ. Die Gesellschaftsanteile der Fondsgesellschaft sind in „Zertifikaten“ verbrieft, die wie Wertpapiere gehandelt werden können (§§ 9, 23 AVB). Die Treuhänderin hat den Anlegern „Aus-schüttungsgarantien“ gegeben und sich in zahlreichen Fällen zum Rückkauf der Fondsanteile nach Ablauf einer bestimmten Zeit bereiterklärt. Diese Umstände sprechen

zusätzlich dafür, daß die Anleger bei den hier in Rede stehenden Fonds lediglich Kapitalgeber und nicht Vermieter im einkommensteuerrechtlichen Sinne sind. ...

IV. Da die Kläger und Beigeladenen den Tatbestand der Einkunftsart Vermietung und Verpachtung nicht verwirklicht haben, können sie die umstrittenen Aufwendungen schon aus diesem Grunde nicht als Werbungskosten abziehen. Es braucht deshalb nicht entschieden zu werden, ob — wenn die Kläger Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielt hätten — der Revision des FA jedenfalls deshalb stattzugeben wäre, weil es sich bei dem Immobilienfonds um eine sog. Verlustzuweisungsgesellschaft handelt, bei der zu vermuten ist, daß es an der Absicht fehlt, einen positiven Gesamtüberschuß zu erzielen (BFH-Urteile vom 21.8.1990 VIII R 25/86, BFHE 163, 524, BStBl II 1991, 564, und vom 10.9.1991 VIII R 39/86, BFHE 165, 406, BStBl II 1992, 328). Offenbleiben kann auch, ob die Kläger und Beigeladenen als Erwerber des bebauten Grundstücks zu beurteilen und dann die Grundsätze des Senatsurteils in BFHE 18, 546, BStBl II 1990, 299 anzuwenden wären. ...

31. ErbStG 1974 § 5 Abs. 1 und 2; BGB § 1371 Abs. 2 (*Rückwirkende Vereinbarung der Zugewinnsgemeinschaft*)

Der Bundesfinanzhof bleibt bei der im Urteil vom 28.6.1989 II R 82/86 (BFHE 157, 229, BStBl II 1989, 897 [= MittBayNot 1989, 282] vertretenen Auffassung, daß Eheleute nach Gütertrennung auch mit erbschaftsteuerrechtlicher Wirkung auf den Tag der Eheschließung Zugewinnsgemeinschaft vereinbaren können.

BFH, Urteil vom 12.5.1993 — II R 37/89 —

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin und Revisionsbeklagte (Klägerin) war seit 27.7.1964 verheiratet. Die Eheleute hatten durch notariell beurkundeten Vertrag vom 21.9.1964 unter Ausschluß des gesetzlichen Güterstandes Gütertrennung gem. § 1414 BGB vereinbart. Am 4.3.1977 hoben sie zu notarieller Urkunde die Gütertrennung auf und vereinbarten den gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft. Dieser sollte, soweit gesetzlich zulässig, vom Tage der Eheschließung an, spätestens jedoch mit sofortiger Wirkung, gelten. Ein Verzeichnis der zu dem jeweiligen Vermögen der Ehegatten gehörenden Gegenstände wurde nicht aufgenommen. Der Ehemann der Klägerin verstarb am 6.5.1977; er wurde aufgrund des Testaments vom 22.3.1975 von der Klägerin und seinen fünf Kindern zu je $\frac{1}{6}$ beerbt.

Der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt — FA —) setzte durch vorläufigen Bescheid vom 17.12.1982 für den Erwerb der Klägerin durch Erbanfall nach ihrem Ehemann Erbschaftsteuer gegen die Klägerin fest; eine Zugewinnausgleichsforderung berücksichtigte das FA nicht. Mit dem hiergegen eingelegten Einspruch machte die Klägerin u. a. geltend, daß der steuerpflichtige Erwerb von Todes wegen in Höhe der Zugewinnausgleichsforderung gem. § 5 Abs. 1 ErbStG 1974 zu mindern sei, für deren Berechnung das auf den Tag der Eheschließung anzusetzende Anfangsvermögen maßgebend sei. Den Wert der Zugewinnausgleichsforderung errechnete die Klägerin mit ... DM und ermittelte den Abzugsbetrag gem. § 5 Abs. 1 Satz 2 ErbStG nach dem Verhältnis des Steuerwerts des Nachlasses zu dessen Verkehrswert mit ... DM.

Durch die Einspruchsentscheidung vom 7.11.1983 setzte das FA die Erbschaftsteuer herab. Den Ansatz einer Zugewinnausgleichsforderung lehnte das FA ab. Im Zeitraum zwischen dem Abschluß des Ehevertrages vom 4.3.1977 und der Auflösung der Zugewinnsgemeinschaft durch den Tod des Ehemannes am 6.5.1977 sei, so führte das FA aus, kein ausgleichsfähiger Gewinn des Ehemannes entstanden. Der von der Klägerin ab dem Zeitpunkt der Eheschließung errechnete Gewinn sei nicht zu berücksichtigen. Auch wenn eine rückwirkende Vereinbarung der Zugewinnsgemeinschaft zivilrechtlich möglich sei, könne sie jedenfalls steuerrechtlich nicht anerkannt werden. Das Steuerrecht gestatte es nicht, die tatsächliche Gestal-

tung eines bereits verwirklichten Sachverhalts rückwirkend zu ändern. Bürgerlich-rechtliche Gestaltungen, die nicht vorgelegen haben, könnten steuerrechtlich nicht berücksichtigt werden; was früher tatsächlich nicht vollzogen worden sei, könne durch Parteienvereinbarungen steuerrechtlich nicht unterstellt werden.

Auf die Klage setzte das Finanzgericht (FG) [EFG 1989, 581] die Erbschaftsteuer entsprechend der von der Klägerin errechneten Zugewinnausgleichsforderung herab.

Mit der Revision rügt das FA Verletzung materiellen Rechts. Es beantragt, die Vorentscheidung aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

Der Bundesminister der Finanzen (BMF) ist dem Verfahren gem. § 122 Abs. 2 FGO beigetreten. Er wendet sich gegen die — auch vom BFH im Urteil vom 28.6.1989 II R 82/86 (BFHE 157, 229, BStBl II 1989, 897) vertretene — Auffassung, daß Eheleute nach Gütertrennung mit erbschaftsteuerlicher Wirkung rückwirkend ab dem Tag der Eheschließung Zugewinnsgemeinschaft mit der Folge vereinbaren könnten, daß die Höhe des nach § 5 Abs. 1 ErbStG 1974 als Zugewinnausgleich steuerfreien Betrages nach den Zugewinnen des Zeitraums zu ermitteln sei, der sich infolge der rückwirkenden Vereinbarung des Güterstandes als Berechnungszeitraum ergebe. . . .

Aus den Gründen:

Die Revision des FA ist unbegründet.

1. Zutreffend hat das FG entschieden, daß das der Klägerin von ihrem Ehemann von Todes wegen zugewendete Vermögen in Höhe des gem. § 5 Abs. 1 Satz 2 ErbStG 1974 errechneten Betrages nach § 5 Abs. 1 Satz 1 ErbStG 1974 nicht als Erwerb von Todes wegen i. S. des § 3 ErbStG 1974 gilt. Denn die Klägerin hätte, worauf § 5 Abs. 1 Satz 1 ErbStG 1974 abstellt, einen entsprechenden Betrag als Ausgleichsforderung gem. § 1371 Abs. 2 BGB geltend machen können, weil sie und ihr Ehemann durch den Ehevertrag vom 4.3.1977 in zivilrechtlich zulässiger Weise mit Wirkung auf den Zeitpunkt der Eheschließung den Güterstand der Gütertrennung aufgaben und den der Zugewinnsgemeinschaft mit der Folge vereinbart haben, daß sich der jeweilige Zugewinn der Ehegatten nach ihren Anfangsvermögen zu diesem Zeitpunkt gerichtet hätte. Dies entspricht der Auffassung des erkennenden Senats im Urteil in BFHE 157, 229, BStBl II 1989, 897 [= MittBayNot 1989, 282]; bei der der Senat auch nach erneuter Überprüfung bleibt.

2. Die Ausführungen des FA und des dem Verfahren beigetretenen BMF geben zu folgenden Ergänzungen der dem Urteil in BFHE 157, 229, BStBl II 1989, 897 zugrunde liegenden Begründung Anlaß.

a) Der Senat hält die Ansicht nicht für begründet, daß nach der gesetzlichen Regelung des § 5 Abs. 1 Satz 1 ErbStG 1974 (nur) der Zugewinn auszugleichen sei, den die Eheleute während der „tatsächlichen Dauer der Zugewinnsgemeinschaft“, nämlich ab dem Zeitpunkt des Abschlusses des Ehevertrages, erzielt haben. Für die dieser Beurteilung zugrundeliegende Auffassung, daß erbschaftsteuerrechtlich nur der dem tatsächlichen Ablauf entsprechende, durch keinerlei Vereinbarung beeinflusste Anspruch als Ausgleichsforderung zugrunde zu legen sei, ist kein Anhaltspunkt ersichtlich. § 5 Abs. 1 Satz 1 ErbStG 1974 enthält weder in seinem Tatbestands- noch in seinem Rechtsfolgeteil eine derartige Einschränkung. Er setzt lediglich voraus, daß im Zeitpunkt des Todes eines Ehegatten der Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft bestanden hat ohne darauf abzustellen, wann der Güterstand eingetreten ist oder wann er vereinbart worden ist. Auch aus der Verweisung auf § 1363 BGB ergibt sich nichts anderes.

Zwar ist für die Ermittlung des Anfangsvermögens der Eintritt des Güterstandes entscheidend (§ 1374 Abs. 1 BGB). Der

für den Eintritt des Güterstandes maßgebende Zeitpunkt ist im BGB jedoch nicht festgelegt; insbesondere stellt das BGB nicht auf das Abschlußdatum des Ehevertrages und damit für die Ermittlung des Zugewinns auf die „tatsächliche Dauer der Zugewinnsgemeinschaft“ ab. Aus § 1363 Abs. 1 BGB kann lediglich entnommen werden, daß der Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft — mangels Parteienvereinbarung — regelmäßig mit der Eheschließung eintritt. Durch Ehevertrag kann jedoch ein anderer Zeitpunkt für die Bestimmung des für den Umfang der Zugewinnausgleichsforderung maßgebenden Anfangsvermögens gesetzt werden. Dieser ist auch für das Erbschaftsteuerrecht zu übernehmen, denn § 5 Abs. 1 Satz 1 ErbStG 1974 stellt lediglich auf die zivilrechtlichen Vorschriften über den Zugewinn und seine Ermittlung ab, denn es wird der Betrag als Abzugsbetrag fingiert, den der überlebende Ehegatte nach § 1371 Abs. 2 BGB als zivilrechtliche Ausgleichsforderung geltend machen könnte. Das ist, wie der Senat im Urteil in BFHE 157, 229, BStBl II 1989, 897 bereits deutlich gemacht hat, nach der weiteren Verweisung in § 1371 Abs. 2 BGB der nach den Vorschriften der §§ 1373 bis 1383, 1390 BGB zu bestimmende Betrag.

b) Das Argument, die Ehegatten könnten danach — im Rahmen der genannten zivilrechtlichen Vorschriften — den Umfang der Befreiung von der Erbschaftsteuer selbst bestimmen, spricht nicht gegen diese Auslegung, denn diese Möglichkeit ist in der Verweisung des § 5 Abs. 1 ErbStG 1974 auf das — insoweit dispositive — Zivilrecht angelegt. Wenn damit gegenüber der bis zur Neuregelung durch das Gesetz zur Reform des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuerrechts vom 17.4.1974 (BGBl I, 933, BStBl I, 216) geltenden Regelung des § 6 Abs. 1 ErbStG 1959 im Einzelfall eine Erweiterung der Vergünstigung bewirkt wird, so entspricht dies dem Ziel der Steuerreform nach größerer Steuergerechtigkeit, denn die Vergünstigung des § 6 Abs. 1 und des § 6 Abs. 2 ErbStG 1959 sollten einander angeglichen werden (BT-Drucks. VI/3418, 63; Kruse, StuW 1993, 3). Dies wird insbesondere daran deutlich, daß es für die in § 6 Abs. 1 ErbStG 1959 erfaßte erbrechtliche Lösung des § 1371 Abs. 1 BGB nicht darauf ankam, ob die Ehegatten eine Zugewinn erzielt hatten.

Berücksichtigt man, daß § 5 Abs. 2 ErbStG 1974 den Wortlaut des § 6 Abs. 2 Satz 1 ErbStG 1959 unverändert weiterführt, so bestätigt dies die bereits im Urteil in BFHE 157, 229, BStBl II 1989, 879 vom Senat vertretene Auffassung, daß die nach § 5 Abs. 1 Satz 1 ErbStG 1974 anzusetzende Ausgleichsforderung nach keinen anderen Regeln bestimmt werden und keinen geringeren Umfang haben kann als die nach § 5 Abs. 2 zu berücksichtigende — tatsächlich zustehende — Ausgleichsforderung.

c) Die vom erkennenden Senat vertretene Auslegung des § 5 Abs. 1 Satz 1 ErbStG 1974 führt auch nicht zu einer der Tatbestandsmäßigkeit der Besteuerung widersprechenden — unzulässigen — Rückbeziehung, weil, wie das FA meint, „durch die Rückwirkung der Güterstandsvereinbarung die bereits verwirklichte Berechnungsgrundlage des Zugewinnausgleichsanspruchs beeinflusst“ werde.

Das FA verkennt, daß durch die Vereinbarung vom 4.3.1977 nicht der vormals bestehende Güterstand der Gütertrennung zu Gunsten des gesetzlichen Güterstandes der Zugewinnsgemeinschaft rückwirkend beseitigt wurde; vielmehr ist lediglich güterrechtlich verbindlich durch den Ehevertrag (Vereinbarung der Zugewinnsgemeinschaft) zivilrechtlich zulässig eine anderweitige Festlegung des Anfangsvermögens

erfolgt. Es gab somit niemals ein anderes Anfangsvermögen als das im Vertrag vom 4.3.1977 vereinbarte und damit auch — wie das FA meint — keine „bereits verwirklichte Bemessungsgrundlage“, denn die über § 1371 Abs. 2, §§ 1373, 1374 Abs. 1, § 1378 Abs. 1 BGB für die erbschaftsteuerrechtliche Beurteilung maßgebende Bewertung des Anfangsvermögens als Berechnungsgrundlage für die Höhe der Zugewinnausgleichsforderung (§§ 1373, 1378 BGB) hängt von dem Zeitpunkt ab, auf den der von den Ehegatten zu bestimmende Eintritt des Güterstandes erfolgt. Mit der anderweitigen Bestimmung des Anfangsvermögens durch die Vereinbarung, daß maßgebend hierfür ein vor dem Eintritt des Güterstandes liegender Zeitpunkt sein soll, wird solcherart nicht ein bereits verwirklichter Lebenssachverhalt beseitigt, sondern der steuerrechtlich maßgebende Lebenssachverhalt — Anfangsvermögen im Zeitpunkt des Eintritts des Güterstandes — erst gestaltet. Ein, wie das FA meint, der steuerrechtlich nicht anzuerkennenden Rückdatierung von Verträgen vergleichbarer Sachverhalt liegt hierin nicht, weil das ErbStG nur auf die güterrechtliche Vereinbarung der Ehegatten abstellt.

d) Die Anerkennung der Vereinbarung steht im Streitfall auch nicht die im Zeitpunkt des Abschlusses des Ehevertrages nur noch geringe Lebenserwartung des Ehemannes der Klägerin entgegen, denn der Zugewinnausgleichsanspruch der Klägerin ist (erst) mit der Beendigung des Güterstandes entstanden und war (erst) von diesem Zeitpunkt an vererblich und übertragbar (§ 1378 Abs. 3 Satz 1 BGB). Im übrigen sieht der erkennende Senat keinen Anhaltspunkt dafür, die steuerrechtliche Anerkennung der güterrechtlichen Vereinbarung davon abhängig zu machen, daß bestimmte Zeitabstände von der Beendigung des Güterstandes eingehalten werden, denn es steht den Eheleuten grundsätzlich frei, jederzeit ihre güterrechtlichen Verhältnisse zu ändern.

E.

Notar- und Beurkundungsrecht

32. BNotO §§ 111 Abs. 1 Satz 2, 39 (*Bestellung eines Notarvertreters*)

Durch die Zurückweisung des von einem Notar gestellten Antrags, ihm einen Vertreter zu bestellen (§ 39 BNotO), wird der in Aussicht genommene Vertreter nicht unmittelbar in seinen Rechten verletzt.

BGH, Urteil vom 14.12.1992 — DNotZ 10/92 —, mitgeteilt von *D. Bundschuh*, Vorsitzender Richter am BGH

Aus dem Tatbestand:

Der Antragsteller war Vizepräsident des Landgerichts M. Er führte dort bis zu seiner Pensionierung die allgemeine Dienstaufsicht über die Notare des Landgerichtsbezirks. Dabei war er mit der Prüfung von Notariaten, der Beurteilung von Notarassessoren, der Bestellung von Vertretern und mit Disziplinarangelegenheiten der Notare befaßt. Zum 1.4.1990 trat der Antragsteller in den Ruhestand und will nun Notare in dem Bezirk des Landgerichts M. vertreten.

Die Notare Dr. G. und Dr. Sch. ersuchten den Antragsgegner, den Antragsteller für die Zeit vom 15. bis 26.10.1990 bzw. 29.10. bis 16.11.1990 zu ihrem Vertreter zu bestellen. Der Antragsgegner lehnte die Gesuche der Notare unter Hinweis auf die frühere dienstliche Tätigkeit des Antragstellers ab. Zur Begründung führte er aus, das Ermessen bei der Bestellung von Notarvertretern werde seit 1988 dahin ausgeübt, daß derjenige nicht zum Vertreter bestellt werde, der innerhalb der letzten drei Jahre mit der Dienstaufsicht über Notare in dem Amtsbereich des zu vertretenden Notars befaßt war. Den hiergegen gerichteten Antrag auf gerichtliche Entscheidung hat der Senat für Notarsachen des Oberlandesgerichts M. zurückgewiesen. Die sofortige Beschwerde blieb erfolglos.

Aus den Gründen:

1. Die sofortige Beschwerde ist zulässig. Das Rechtsmittel ist aber unbegründet.

2. Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist nicht zulässig. Dem Antragsteller fehlt die Antragsbefugnis. Ist diese Voraussetzung des Verfahrens nach § 111 BNotO nicht gegeben, ist der Antrag als unzulässig abzuweisen (*Arndt BNotO 2. Aufl. 1982 § 111 Anm. 1.1*). Antragsberechtigt ist nur der, der durch die Maßnahme der Landesjustizverwaltung in seinen Rechten beeinträchtigt wird (§ 111 Abs. 1 Satz 2 BNotO). Die Verletzung bloßer Interessen genügt nicht. Dies gilt auch für die Zulässigkeit eines Feststellungsbegehrens (Senatsbeschlüsse vom 13.6.1977 — NotZ 4/77 = DNotZ 1978, 53; vom 22.10.1979 — NotZ 2/79 = DNotZ 1980, 426, 428 und vom 22.6.1981 — NotZ 3/81 = BGHZ 81, 66, 69 = DNotZ 1981, 637). Das Recht auf fehlerfreie Ermessenausübung, das von dem Antragsteller in Anspruch genommen wird, setzt gleichfalls voraus, daß eine subjektive Rechtsposition beeinträchtigt ist. Die Vorschrift, welche die Behörde zur Ermessensentscheidung ermächtigt, muß nicht nur dem öffentlichen Interesse, sondern auch dem Schutz der Interessen des Antragstellers dienen (vgl. BVerwGE 39, 235, 237; 45, 197, 199; 51, 264, 267; *Kopp VwGO 7. Aufl. 1986 § 42 Rdnr. 55*). Das ist hier nicht der Fall.

Die Bestellung eines Notarvertreters ist in § 39 BNotO geregelt. Danach kann die Aufsichtsbehörde dem Notar auf seinen Antrag für die Zeit seiner vorübergehenden Abwesenheit oder Verhinderung einen Vertreter bestellen; dies kann auch von vornherein für die während eines Kalenderjahres eintretenden Behinderungsfälle ausgesprochen werden (§ 39 Abs. 1 BNotO). Im Fall der vorläufigen Amtsenthebung oder der vorübergehenden Unfähigkeit des Notars, sein Amt ordnungsgemäß auszuüben, kann ihm auch ohne Antrag ein Vertreter bestellt werden (§ 39 Abs. 2 BNotO). Zum Vertreter darf nur bestellt werden, wer fähig ist, das Amt eines Notars zu bekleiden (§ 39 Abs. 3 Satz 1 BNotO). Zum Vertreter sollen grundsätzlich nur Notare, Notarassessoren oder Notare außer Dienst bestellt werden (§ 39 Abs. 3 Satz 2 BNotO; I B 2 (2) der Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz über die Angelegenheiten der Notare vom 21.8.1969 — Bay JMBI 1969, 172 und 4.2.2 Satz 1 der — am 1.1.1992 in Kraft getretenen — Bekanntmachung über die Angelegenheiten der Notare vom 25.10.1991 — Bay JMBI 1991, 240). In der Regel soll nur bestellt werden, wer von dem Notar vorgeschlagen und zur Übernahme des Amtes bereit ist (§ 39 Abs. 3 Satz 3 BNotO).

Die Aufsichtsbehörde trifft demnach eine Ermessensentscheidung. § 39 BNotO gibt dem Notar nicht einen Rechtsanspruch darauf, daß ihm ein Vertreter bestellt wird (*Arndt a. a. O. § 39 Anm. II 3, Seybold/Hornig BNotO 5. Aufl. 1976 § 39 Rdnr. 5*). Im Streit um die Person des zu bestellenden Vertreters hat die Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden. Dabei hat sie die allgemeinen Grundsätze des Notarwesens und das Vorschlagsrecht des Notars (§ 39 Abs. 3 Satz 3 BNotO) zu beachten. Gegen die Entscheidung der Aufsichtsbehörde kann der Notar, wenn seine Rechte beeinträchtigt werden, gerichtliche Entscheidung nach § 111 BNotO beantragen (Senatsbeschlüsse vom 25.11.1974 — NotZ 6/74 = DNotZ 1975, 494, vom 8.11.1976 — NotZ 4/76 = BGHZ 67, 296 und vom 17.1.1983 — NotZ 21/82 = DNotZ 1983, 772 m. Anm. *Zimmermann* — zur Bestellung eines allgemeinen Vertreters durch die Landesjustizverwaltung nach § 53 BRAO vgl. auch: EGH Koblenz BRAK Mitt 1983, 193;

Jessnitzer BRAO 5. Aufl. 1990 § 53 Rdnr. 12; Isele BRAO 1976 § 53 Anm. VI B 2; Feuerich BRAO 1987 § 53 Rdnr. 10 ff., 18). Erwogen werden könnte auch eine Antragsberechtigung der Notarkammer, wenn die Entscheidung über die Vertreterbestellung — ausnahmsweise — die berechtigten Interessen der Gesamtheit der der Kammer angehörenden Notare verletzt (vgl. allgemein zur Antragsbefugnis der Notarkammer: Senatsbeschuß vom 25. 11. 1974 — NotZ 3/74 = BGHZ 63, 274 = DNotZ 1975, 693 m. Anm. Dumoulin). Dagegen berührt die Entscheidung der Aufsichtsbehörde nicht unmittelbar die subjektiven Rechte der Person, die der Notar zur Bestellung als Vertreter vorschlägt. Der Vorgeschlagene nimmt an dem Bestellungsverfahren nicht teil; das Antragsrecht steht allein dem Notar, um dessen Vertretung es geht, zu. Die Entscheidung über das Bestellsuch des Notars wirkt lediglich mittelbar auf ideelle oder wirtschaftliche Interessen der Person ein, die bereit ist, die Vertretung zu übernehmen.

Der Senat hat zwar den Bewerber um das Amt eines Notariatsverwesers für den Fall einer behaupteten ermessensfehlerhaften Auswahl unter mehreren Konkurrenten in entsprechender Weise für klagebefugt gehalten, wie dies bei der Auswahl unter mehreren Bewerbern für das Amt eines Nurnotars der Fall ist (Senatsbeschuß vom 14. 8. 1989 — NotZ 1/89 = DNotZ 1991, 72). Ausschlaggebend war dabei die Nähe zum Notaramt und der Umstand, daß die Betrauung mit dem Amt des Notariatsverwesers auch die Ausbildung des sich um eine solche Stelle bewerbenden Notarassessors fördern kann. Eine ähnliche Stellung kommt dem Notarvertreter nicht zu.

Der Notariatsverweser wird an der Stelle eines Notars bestellt. Er vertritt nicht den Notar, sondern ersetzt ihn, verwaltet anstatt eines Notars die Notarstelle und könnte deswegen als „Ersatznotar auf Zeit“ bezeichnet werden (Seybold/Hornig a. a. O. § 56 Rdnr. 1). Der Notarvertreter hingegen wird „dem Notar bestellt“ (§ 39 Abs. 1 1. Halbsatz; §§ 43, 45 Abs. 1 Satz 1, 55 Abs. 1 Satz 1 BNotO). Er ist Stellvertreter des Notars, der seine Amtsbefugnisse behält und sie nach Wegfall der Verhinderung wieder ausüben kann, der auch während der Vertretung die wirtschaftliche Verwaltung der Notarpraxis behält, da der Vertreter das Amt auf Kosten des Notars versieht (§ 41 Abs. 1 Satz 1 BNotO). Zudem fördert die Übernahme der Notarvertretung — jedenfalls im Streitfall — nicht die beruflichen Aussichten des Interessenten auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege (§ 1 BNotO). Der Antragsteller ist nicht im notariellen Dienst tätig, sondern Richter im Ruhestand. Die Entscheidung des Antragsgegners, den Notaren Dr. G. und Sch. den Antragsteller bis zum 31. 3. 1993 nicht zu ihrem Vertreter im Bezirk des Landgerichts M. zu bestellen, berührt daher diesen nicht in subjektiven Rechten.

3. Ob der Antragsteller als Richter im Ruhestand einen Anspruch darauf hat, das dienstrechtliche Einverständnis seiner letzten Dienstbehörde für die angestrebte Bestellung zum Notarvertreter zu erhalten (Art. 2 Abs. 1 BayRiG i. V. m. Art. 78 Abs. 2 BayBG), ist nicht im Rechtsweg des § 111 BNotO zu entscheiden. Wegen der Nichterteilung dieser dienstrechtlichen Genehmigung seiner angestrebten Tätigkeit als Notarvertreter ist der Antragsteller auf den Verwaltungsrechtsweg verwiesen (§ 40 VwGO i. V. m. § 126 I BRRG, Art. 122 BayBG, Art. 2 Abs. 1 BayRiG).

4. Das Begehren des Antragstellers um Feststellung, daß seine Nichtbestellung zum Vertreter seit August 1990 bis zum 31. 3. 1993 rechtswidrig gewesen sei, ist im übrigen mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig.

In dem Verfahren nach § 111 BNotO ist eine Feststellungsklage, auch in Gestalt einer Fortsetzungsfeststellungsklage (§ 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO), nicht zulässig, es sei denn andernfalls liefe die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG leer (Senatsbeschlüsse vom 8. 11. 1976 — NotZ 1/76 = BGHZ 67, 343, 346 = DNotZ 1975, 45 [= MittBayNot 1977, 29]; vom 12. 11. 1984 — NotZ 8/84 = DNotZ 1985, 510 f.; vom 4. 12. 1989 — NotZ 1/89 = DNotZ 1991, 72, 75 ff. und vom 29. 1. 1991 — NotZ 18/90 S. 6 f. = BGHR BNotO § 111 Abs. 1, Feststellungsantrag 2 = MDR 1992, 185, Arndt a. a. O. § 111 Anm. II 1.2). Eine solche Ausnahme ist angenommen worden, wenn der Antragsteller sonst in seinen Rechten beeinträchtigt wäre und die begehrte Feststellung eine Rechtsfrage klären hilft, die sich der Justizverwaltung bei künftigen Bewerbungen des Antragstellers ebenso stellen wird. Diese Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Feststellungsantrags liegen hier nicht vor. „Bewerbungen“ des Antragstellers um Notarvertretungen sind rechtlich nicht möglich. Allein die Notare haben ein Vorschlagsrecht; ob sie den Antragsteller künftig als Vertreter vorschlagen werden, ist offen. Der Feststellungsantrag ist auch nicht im Hinblick darauf zulässig, daß der Antragsteller möglicherweise eine Amtshaftungsklage vorbereiten will (Senatsbeschuß vom 29. 7. 1991 a. a. O.).

33. § 15 Abs. 3 GmbHG (*Beurkundungspflicht einer Übertragung von Anteilen einer ausländischen Gesellschaft*)

Für eine in Deutschland vorgenommene Übertragung von Anteilen einer ausländischen Gesellschaft (hier: einer kanadischen Limited) gilt die Formvorschrift des § 15 Abs. 3 GmbHG nicht (abweichend von OLG Celle NJW — RR 1992, 1126 = DNotZ 1993, 625).

OLG München, Urteil vom 5. 3. 1993 — 23 U 9598/92 —, mitgeteilt von Dr. Guntz, Vorsitzender Richter am OLG München

Aus dem Tatbestand:

Die Kläger machen gegen die Beklagte Ansprüche aus dem Verkauf von Geschäftsanteilen an der Firma C. Ltd. geltend.

Herr Karl H. war Inhaber von 42,5% der gewinnbezugsberechtigten Anteile an der C. Ltd. und weiterer 21,25% der stimmberechtigten Anteile (voting shares). Inhaberin von Anteilen gleicher Art und gleicher Menge an der C. Ltd. war die Klägerin zu 2).

Herr Karl H. ist am 16. 9. 1988 verstorben. Der Kläger zu 1) wurde zum Testamentsvollstrecker ernannt.

Mit privatschriftlichem Vertrag vom 13. 7. 1990, der in M. geschlossen wurde, verkaufte der Kläger zu 1) die zum Nachlaß Karl H. gehörenden Anteile an der C. Ltd. zum Preis von DM 1.472.800,— an die Beklagte. Die Klägerin zu 2) verkaufte ihre Anteile an der C. Ltd. zum Preis von DM 1.700.000,— an die Beklagte.

Bezüglich der Bezahlung des Kaufpreises wurde in Ziffer VII des Vertrages (im Vertragstext wurde der Kläger zu 1) mit TV, die Klägerin zu 2) mit KHI bezeichnet) folgende Vereinbarungen getroffen: ... Eine Leistung erfolgte jedoch nicht.

Die Kläger beantragten, die Beklagte zur Zahlung von DM ... an die Kläger zu verurteilen. ...

Die Beklagte beantragte Klageabweisung.

Die Beklagte vertrat unter anderem die Auffassung, daß der Kaufvertrag gegen zwingende Formvorschriften verstoße. Die Übertragung von Anteilen an der kanadischen Gesellschaft unterliege den Formvorschriften des § 15 Abs. 3 GmbHG.

Das Landgericht I hat nach Erholung eines Rechtsgutachtens von Prof. Dr. H. mit Urteil vom 27. 8. 1992 die Beklagte entsprechend dem Hilfsantrag der Kläger verurteilt und im übrigen die Klage abgewiesen. Zur Begründung ist ausgeführt, auf das Vertragsverhältnis

sei deutsches Recht anzuwenden (Art. 28 EGBGB). Der Vertrag sei wirksam geschlossen worden. § 313 BGB sei nicht anwendbar, selbst wenn das Gesellschaftsvermögen der C. Ltd. überwiegend aus Grundstücken bestehen sollte, da der Vertrag nur eine schuldrechtliche Verpflichtung zur Übertragung von Gesellschaftsanteilen enthalte. Eine notarielle Beurkundung nach § 15 Abs. 3 GmbHG sei nicht erforderlich gewesen, da es sich um eine Übertragung von Geschäftsanteilen einer ausländischen Gesellschaft handle. . . .

Mit ihrer Berufung verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter. Sie meint, wenn deutsches Recht auf das Vertragsverhältnis anzuwenden sei (wie das Landgericht zu Recht ausführte), dann sei es aber insgesamt anzuwenden. Also sei auch § 15 Abs. 3 GmbHG einschlägig (so auch OLG Celle, NJW-RR 1992, 1126 = DNotZ 1993, 625). . . .

Die Beklagte beantragt, die Klage insgesamt abzuweisen.

Die Kläger beantragen, die Berufung zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

. . .

Die Berufung der Beklagten ist jedoch sachlich nicht begründet.

Der Vertrag über die Verpflichtung zur Übertragung von Gesellschaftsanteilen an der C. Ltd. sowie über die Übertragung selbst bedurfte nicht der notariellen Beurkundung.

1. Zwischen den Parteien ist unstreitig, daß auf das Vertragsverhältnis deutsches Recht anzuwenden ist. Eines weiteren Eingehens auf diese Frage bedarf es deshalb nicht.

2. Dies bedeutet aber nicht, daß auf die Übertragung von Gesellschaftsanteilen der C. Ltd., einer Gesellschaft kanadischen Rechts, die Formvorschriften des § 15 Abs. 3 und Abs. 4 GmbHG anzuwenden sind. Zwar gilt auch für den Verkauf ausländischer Grundstücke in Deutschland die Vorschrift des § 313 BGB (vgl. BGHZ 73, 391/394 m. N. [= DNotZ 1979, 539]). Daraus ist aber nicht zwingend zu schließen, daß Formvorschriften des GmbHG auch für die Übertragung von Anteilen an einer ausländischen Ltd. gelten; denn diese entspricht in ihrer Ausgestaltung nicht einer deutschen GmbH.

Dies ergibt sich unter anderem daraus, daß im Vertrag vom 13. 7. 1990 zwischen „gewinnbezugsberechtigten Aktien“ und „voting-shares“ unterschieden wird. Auch sind sonstige Formvorschriften des GmbHG (z. B. über Gründung, Vertretung oder Gesellschafterbeschlüsse) auf derartige Gesellschaften selbst dann nicht anwendbar, wenn diese inhaltlich einer deutschen GmbH entsprechen.

Auch eine entsprechende Anwendung des § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG auf den Vertrag vom 13. 7. 1990 ist nicht geboten. Denn es ist nicht ersichtlich, daß die C. Ltd. mit einer deutschen GmbH in allen entscheidenden Punkten vergleichbar ist.

Zu diesem Ergebnis kommt auch der vom Landgericht eingeschaltete Sachverständige Prof. Dr. H. in seinem Gutachten. In überzeugender Weise legt er dar, daß § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG nach dem Normzweck allein auf eine deutsche GmbH und nicht auf eine ausländische „GmbH“ Anwendung findet.

Die von der Beklagten zitierte Entscheidung des OLG Celle (NJW-RR 1992, 1126) überzeugt im Gegensatz dazu nicht. Sie stellt nämlich darauf ab, daß der § 15 GmbHG dem Schutz der Anleger vor den Gefahren eines leichten und spekulativen Handelns mit Geschäftsanteilen dient. Das ist sicher zutreffend. Dieser Schutz ist aber nur bei der Übertragung von Anteilen an einer deutschen GmbH geboten. Ein Regelanspruch für eine ausländische GmbH ist in § 15 GmbHG nicht enthalten.

Die Verpflichtung zur Übertragung der Gesellschaftsanteile der C. Ltd. unterfällt auch nicht der Formvorschrift des § 313 BGB. Der Umstand, daß die C. Ltd. eine Grundstücksgesellschaft ist, ist nicht von entscheidender Bedeutung. Denn der Grundstückserwerb als Folge der Übertragung von Anteilen ist nicht der unmittelbare Vertragsgegenstand (vgl. BGHZ 86, 367/369 ff. [= DNotZ 1984, 169]). . . .

Hinweise für die Praxis

1. Bewertung von Gebäuden gemäß § 19 KostO. Wertbestimmung von Gebäuden anhand des Gebäudebrandversicherungswertes (Anschluß an MittBayNot 1976, 115; 1977, 262; 1978, 248; 1979, 135; 1980, 185; 1981, 213; 1982, 277; 1983, 267; 1984, 219; 1986, 284; 1989, 284; 1990, 328; 1991, 275; 1992, 363).

Prüfungsabteilung der Notarkasse

Nach der Bekanntmachung der Bayerischen Versicherungskammer vom 25.8.1993 — P 573/B —, veröffentlicht im Bayerischen Staatsanzeiger Nr. 35 vom 3.9.1993, gelten für die Versicherung bei der Bayerischen Landesbrandversicherungsanstalt ab 1.10.1993 folgende Richtzahlen:

für Gebäude und Kircheneinrichtungen 24,4
für Betriebseinrichtungen 14,0.

Damit eine möglichst einheitliche Bewertung von Grundbesitz durch die Gerichte und durch die Notare erreicht wird, werden die Notare im Tätigkeitsbereich der Notarkasse gebeten, bei der Bewertung von Grundbesitz die Vorschläge der Prüfungsabteilung der Notarkasse, niedergelegt in der Abhandlung „Bewertung von Grundbesitz nach § 19 KostO“ in MittBayNot 1976, 115 zu beachten. Die Bewertungsgrundsätze gelten auch für die Bewertung von land- und forstwirtschaftlichem Grundbesitz, soweit nicht die Sondervorschrift des § 19 Abs. 4 KostO anzuwenden ist.

Die künftig anzuwendende Tabelle zur Berechnung des Wertes von Gebäuden wurde erstellt für Wohn- und Wirtschaftsgebäude mit einer Lebensdauer von 100, 80, 60, 50 und 20 Jahren. In die Tabelle sind die neue Richtzahl (Teuerungszahl), 24,4, sowie der allgemeine Abschlag von 20% entsprechend der Rechtsprechung des BayObLG eingearbeitet. Die vierte Dezimalstelle wurde in der Tabelle durch Erhöhung der dritten Dezimalstelle dann mitberücksichtigt, wenn die vierte Dezimalstelle 5 oder höher lag. Lag sie darunter, blieb die vierte Dezimalstelle unberücksichtigt.

Der nach Abzug der Wertminderung wegen verbleibende Gebäuderestwert soll regelmäßig 30% des Herstellungswertes nicht unterschreiten (BayObLG JurBüro 1984, 903; MittBayNot 1988, 92).

Besondere Verhältnisse, z. B. umfangreiche Instandsetzungs-, Umbau- oder Modernisierungsarbeiten an einem Gebäude, erhöhen den Wert des Gebäudes und beeinflussen die restliche Lebensdauer des Gebäudes. In diesen Fällen kann die technische Wertminderung wegen Alters durch eine entsprechend verlängerte Restlebensdauer des Gebäudes berücksichtigt werden (entsprechend WertR 76 Tz 3.5.2.3.). Wesentliche Baumängel und Bauschäden können wertmindernd berücksichtigt werden.

Die Notare im Tätigkeitsbereich der Notarkasse werden gebeten, bei der Ermittlung des Wertes von Gebäuden künftig die neue Tabelle anzuwenden.

Tabelle

zur Berechnung des Gebäudebrandversicherungswertes

Stand: 1.10.1993

Richtzahl (Teuerungszahl): 24,4

Allgemeiner Abschlag (Sicherheitsabschlag): 20%

Technische Wertminderung:

Abschlag je nach Alter des Gebäudes

A Wohngebäude und Verwaltungsbauten

Lebensdauer: 100 Jahre

B Hallen- und Industriebauten, Massiv- oder Stahlausführung

Lebensdauer: 80 Jahre

C Wirtschafts- und Stallgebäude von landwirtschaftlichen

Anwesen

Lebensdauer: 60 Jahre

D Hallen- und Industriebauten in Holz oder gleichwertiger

Ausführung

Lebensdauer: 50 Jahre

E Baracken auf Fundamenten

Lebensdauer: 20 Jahre

Alter des Gebäudes	Lebensdauer in Jahren				
	A 100	B 80	C 60	D 50	E 20
1	19,422	19,403	19,364	19,325	19,012
2	19,325	19,266	19,188	19,110	18,446
3	19,227	19,149	19,012	18,895	17,841
4	19,110	19,012	18,817	18,681	17,178
5	19,012	18,876	18,642	17,446	16,475
6	18,895	18,739	18,446	18,212	15,714
7	18,798	18,583	18,251	17,958	14,913
8	18,681	18,446	18,036	17,705	14,054
9	18,564	18,290	17,841	17,451	13,156
10	18,446	18,154	17,627	17,178	12,200
11	18,329	17,997	17,412	16,904	11,204
12	18,212	17,841	17,178	16,612	10,150
13	18,095	17,685	16,943	16,319	9,057
14	17,958	17,509	16,709	16,026	7,906
15	17,841	17,353	16,475	15,714	6,715
16	17,705	17,178	16,221	15,401	5,856
17	17,588	17,002	15,967	15,069	darüber
18	17,451	16,826	15,714	14,738	Restwert
19	17,314	16,651	15,460	14,406	
20	17,178	16,475	15,187	14,054	
21	17,041	16,280	14,913	13,703	
22	16,904	16,104	14,620	13,332	
23	16,768	15,909	14,347	12,961	
24	16,612	15,714	14,054	12,590	
25	16,475	15,518	13,762	12,200	
26	16,319	15,323	13,449	11,810	
27	16,182	15,108	13,156	11,400	
28	16,026	14,913	12,844	10,990	
29	15,870	14,699	12,532	10,580	
30	15,714	14,484	12,200	10,150	
31	15,557	14,269	11,868	9,721	
32	15,401	14,054	11,536	9,272	
33	15,245	13,840	11,204	8,823	
34	15,069	13,605	10,853	8,374	
35	14,913	13,391	10,502	7,906	
36	14,738	13,156	10,150	7,437	
37	14,581	12,922	9,799	6,949	
38	14,406	12,688	9,428	6,461	
39	14,230	12,434	9,057	5,973	darüber
40	14,054	12,200	8,667	5,856	Restwert
41	13,879	11,946	8,296		
42	13,703	11,712	7,906		
43	13,527	11,458	7,515		
44	13,332	11,204	7,105		
45	13,156	10,951	6,715		
46	12,961	10,677	6,305		
47	12,786	10,424	5,895		
48	12,590	10,150	5,856	darüber	
49	12,395	9,877		Restwert	
50	12,200	9,604			
51	12,005	9,331			
52	11,810	9,057			
53	11,614	8,764			
54	11,400	8,491			
55	11,204	8,198			
56	10,990	7,906			
57	10,795	7,613			
58	10,580	7,320			
59	10,365	7,008			
60	10,150	6,715			
61	9,936	6,403			
62	9,721	6,090	darüber		
63	9,506	5,856	Restwert		
64	9,272				
65	9,057				
66	8,823				
67	8,608				
68	8,374				
69	8,140				
70	7,906				
71	7,671				
72	7,437				
73	7,203				
74	6,949				
75	6,715				
76	6,461				
77	6,227				
78	5,973	darüber			
79	5,856	Restwert			

2. Verdeckte Gewinnausschüttung bei Verletzung des Wettbewerbsverbots durch den beherrschenden Gesellschafter oder den Geschäftsführer einer GmbH

Schreiben des BMF vom 29.6.1993 — IV B 7 — S 2742 — 54/93 —

Im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der Länder nehme ich zur Befreiung vom Wettbewerbsverbot in Ergänzung zu dem BMF-Schreiben vom 4. 2. 1992 — IV B 7 — S 2742 — 6/92 — (BStBl 1992 S 137 [= MittBayNot 1992, 157]) wie folgt Stellung:

1. Die Befreiung des beherrschenden Gesellschafters oder des Gesellschafter-Geschäftsführers vom Wettbewerbsverbot ist zivilrechtlich wirksam, wenn sie entweder in der ursprünglichen Satzung enthalten ist oder durch späteren satzungsändernden Beschluß in sie aufgenommen worden ist. Für eine zivilrechtlich wirksame Befreiung vom Wettbewerbsverbot reicht die Aufnahme einer sog. Öffnungsklausel in die Satzung aus, durch die die Gesellschafterversammlung ermächtigt wird, durch Beschluß mit einfacher Mehrheit im Einzelfall die Befreiung vom Wettbewerbsverbot zu erteilen und die näheren Einzelheiten (z. B. Aufgabenabgrenzung, Entgeltvereinbarung) zu regeln.
2. Die Befreiung vom Wettbewerbsverbot muß auch im Verhältnis zwischen Steuerberater und Steuerberatungsgesellschaft eine klare und eindeutige Aufgabenabgrenzung zwischen der Gesellschaft auf der einen Seite und dem beherrschenden Gesellschafter oder dem Geschäftsführer auf der anderen Seite enthalten, die eine spätere willkürliche Zuordnung von Geschäften unmöglich macht. Eine Vereinbarung, die dem beherrschenden Gesellschafter und dem Geschäftsführer eine Konkurrenztaetigkeit erlaubt und dabei hinsichtlich der Aufgabenabgrenzung allein auf die Wahl der Mandanten abstellt, reicht zur Vermeidung einer verdeckten Gewinnausschüttung nicht aus. Es wird jedoch nicht beanstandet, wenn ausnahmsweise durch ausdrückliche schriftliche Erklärung des Mandanten, die nicht Teil der Auftrags- oder Vollmachtserteilung sein darf, einem beherrschenden Gesellschafter oder Geschäftsführer abweichend von der allgemeinen Aufgabenabgrenzung ein Mandat erteilt wird. Die vorstehende Regelung gilt für Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften sowie für Buchprüfer und Buchprüfungsgesellschaften entsprechend.

3. Einkunftserzielungsabsicht bei Gesellschaftern oder Gemeinschaftern von geschlossenen Immobilienfonds oder Bauherrngemeinschaften; hier: Beurteilung von sog. Rückkaufangeboten/Rückkaufgarantien

Verfügung der OFD München vom 27.5.1993 — S 2520 — 5 St 41

Initiatoren von geschlossenen Immobilienfonds oder Bauherrngemeinschaften räumen Anlegern mitunter ein Rückkaufangebot oder eine Rückkaufgarantie ein. Diese sehen für den Anleger das Recht vor, seine Immobilie oder den Gesellschaftsanteil nach Ablauf einer bestimmten Frist, im Regelfall 5 bis 8 Jahre, zu von vornherein festgelegten Bedingungen an den Initiator zurückzuverkaufen oder unter dessen Vermittlung weiterzuverkaufen. Zur Frage, ob derartige Rückkaufgarantien oder Rückkaufangebote die Einkunftserzielungsabsicht entfallen lassen, bitte ich folgende Auffassung zu vertreten:

Von der Einkunftserzielungsabsicht kann nicht ausgegangen werden, wenn weitere Umstände, wie z. B. eine zeitentsprechende Rückführung der Refinanzierung, gegeben sind, die ohne weiteres auf ein nur befristetes Engagement des Anlegers schließen lassen. Aber auch allein aufgrund der Existenz einer solchen Rückkaufgarantie ist der Beweis des ersten Anscheins für das Vorliegen der Einkunftserzielungsabsicht als entkräftet anzusehen. Bei Vorliegen einer Rückkaufgarantie spricht die Vermutung für das Fehlen der Einkunftserzielungsabsicht, weil nach dem typischen Geschehensablauf in diesen Fällen die Inanspruchnahme der Rückkaufgarantie durch den Steuerpflichtigen und damit der frühzeitige Verkauf der Immobilie oder der Beteiligung zu erwarten ist. Der Steuerpflichtige kann diese Vermutung widerlegen. Er muß hierfür konkrete, für eine langfristige Vermögensnutzung sprechende Umstände darlegen. Gelingt ihm dies nicht, so kommt eine Aussetzung der Vollziehung nicht in Betracht.

Eine Ausnahme gilt nur bei sog. Notfallgarantien, die ausdrücklich für den Eintritt bestimmter Notsituationen eingeräumt werden können. Durch die Einräumung einer solchen Notfallgarantie wird der Beweis des ersten Anscheins für das Vorliegen der Einkunftserzielungsabsicht nicht entkräftet.

VI. St a n d e s n a c h r i c h t e n

A. Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Oskar Thom, Landau/Isar, gest. 30.8.1993

Notar a. D. Dr. Ferdinand Nickl, Tirschenreuth, gest.
7.10.1993

Amtmann i. N. Werner Schilling, Schrobenhausen, gest.
28.6.1993

2. Es wurden verliehen:

Mit Wirkung vom 1.8.1993:

Bad Dürkheim	dem Notar
(in Sozietät mit	Dr. Bruno Rieder
Notar Unkrich)	bisher in Rhaunen

3. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.9.1993:

Jutta Schneider, Speyer (Notarstelle Kaempfe)

Mit Wirkung vom 15.9.1993:

Michael Leitenstorfer, Ebersberg (Notarstelle Zetzl)

Christian Hantke, Münchberg (Notarstelle Dr. Kössinger)

Mit Wirkung vom 1.10.1993:

Christine Oberhofer, Ansbach (Notarstelle Dr. Karl)

Winfried Felder, Kaiserslautern (Notarstelle Pres/Lechner)

Mit Wirkung vom 1.1.1994:

Michael Senftleben, Abensberg, (Notarstelle Dr. Ries)

Michael Deutrich, Türkheim, (Notarstelle Elstner)

4. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung ab 1.7.1993:

Zum Notariatsoberrat (VergGr. I b)

Maier Eberhard, München (Notarstelle Dr. Lichtenberger/
Dr. Bader)

Bauer Karl, München (Notarkasse, Prüfungsabteilung)

Zum Notariatsrat (VergGr. II a)

Grötsch Max, Nürnberg (Notarstelle Kleider)

Zum Oberamtsrat (VergGr. II a)

Bayer Christian, Augsburg (Notarstelle Dr. Barthel)

Schäfer Günter, Würzburg (Notarstelle Kirchner/Dr. Gut-
mann)

Zum Amtsrat (VergGr. III)

Agne Hans, Landstuhl (Notarstelle Schäffling)

Moosrainer Wolfram, Trostberg (Notarstelle Lehnert/
Reinhold)

Hillar Horst, Bad Tölz (Notarstelle Dr. Reuter/Dr. Schick)

Kühlthau Karl, Sulzbach-Rosenberg (Notarstelle Schmidl)

Rauch Karl-Heinz, Bamberg (Notarstelle Hillmann/Höfler)

Müller Otto, München (Notarstelle Pölsterl/Dr. Asam)

Angerbauer Sebastian, Regensburg (Notarstelle Strobel/
Dr. Sauer)

Rieth Fritz, Ludwigshafen (Notarstelle Heeger/Draxel/
Kluge)

Mit Wirkung ab 1.8.1993:

Settele Walter, München (Notarstelle Dr. Braun/von
Wulffen)

Zum Amtmann (VergGr. IV a)

Henneberger Horst, Bad Neustadt/Saale (Notarstelle
Wübben)

Warschitzka Erika, Seib (Notarstelle Schmitt)

Zoll Walter, Mellrichstadt (Notarstelle Schußler)

Hasselbacher Irmgard, Wassertrüdingen (Notarstelle
Martin)

Schart Manfred, Gunzenhausen (Notarstelle Bandele)

Guggenberger Gerhard, Landsberg/Lech (Notarstelle
Dr. Lintz/Dr. Rapp)

Stürzenhofecker Waltraud, Roth (Notarstelle Suttner)

Luff Gerhard, Weißenburg (Notarstelle Dr. Meier)

Göbel Karl-Heinz, Schweinfurt (Notarstelle Dr. Kutter/
Dr. Ott)

Betz Friedrich, Schifferstadt (Notarstelle Dr. Bastian)

Haslinger Michael, Bad Tölz (Notarstelle Dr. Reuter/
Dr. Schick)

Zum Oberinspektor/in (VergGr. IV b)

Haun Christiane, Aschaffenburg (Notarstelle Dr. Waßner/
Schad)

Pfaffenberger Astrid, Hollfeld (Notarstelle Lauckner)

Reiner Cäcilia, Mitterfels (Notarstelle Hötzl)

Rodriguez Karin, Vilseck (Notarstelle Dr. Behmer)

Mayer Elisabeth, Augsburg (Notarstelle Hille)

Tabbert Susanne, Landstuhl (Notarstelle Malchus)

Spahn Volker, Bayreuth (Notarstelle Dr. Roßner/Dr. Rausch)

Krämer Peter, Zweibrücken (Notarstelle Greiner/Jacob)